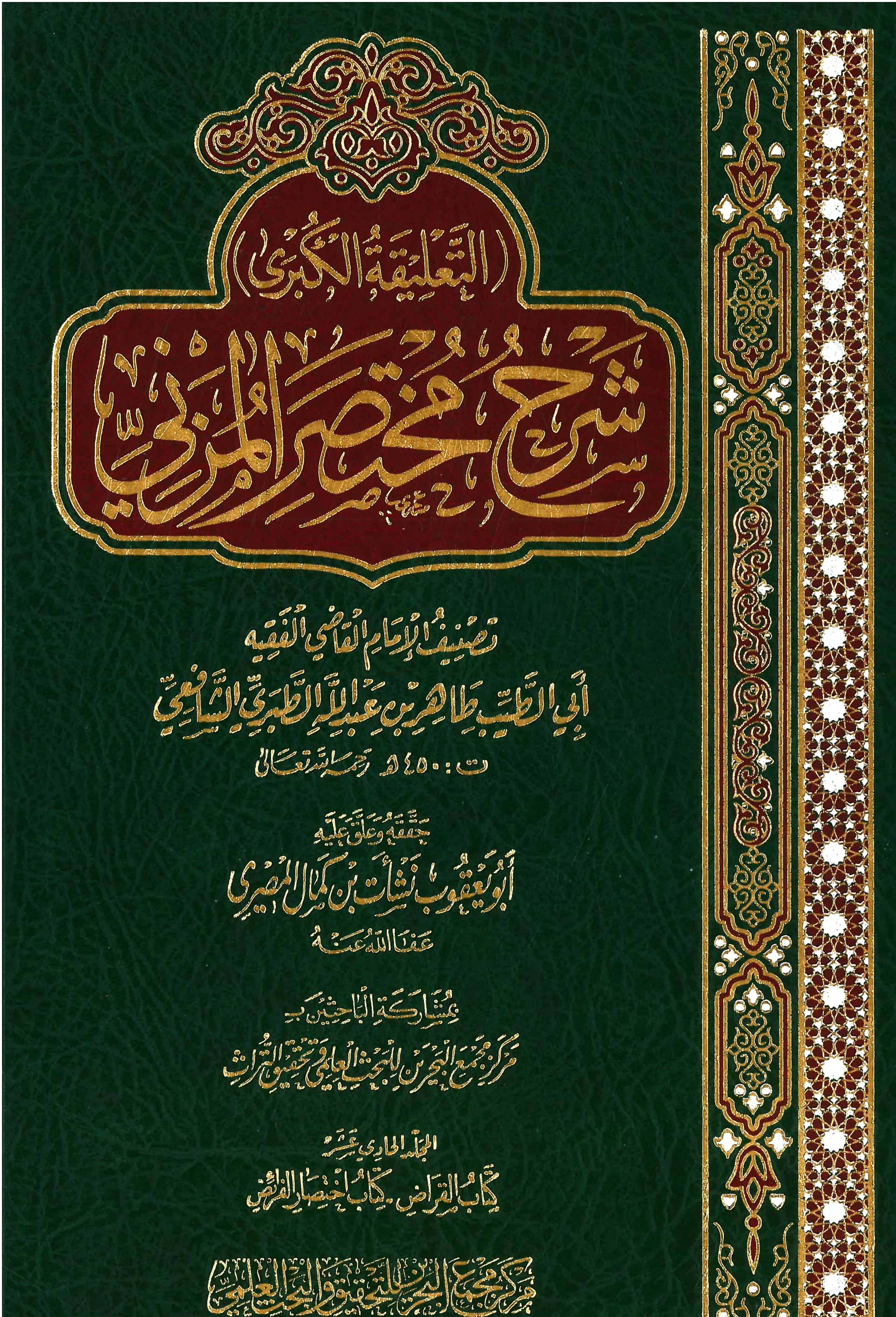
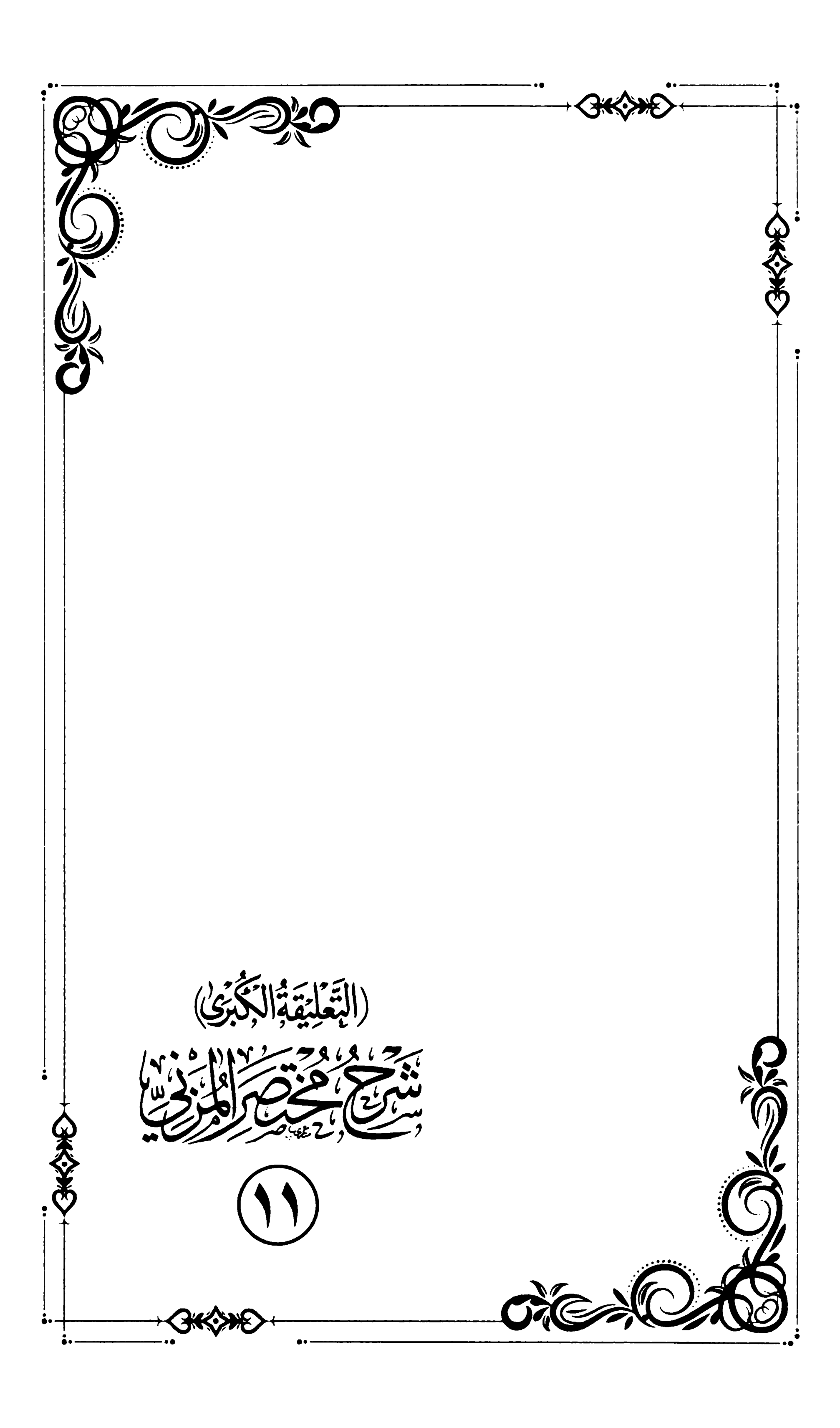
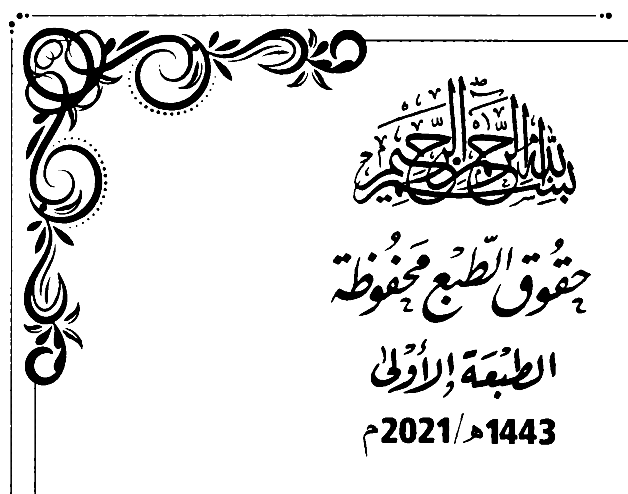

(التعليقة الكبرى)
شرح مختصر المزني
تصنيف الإمام القاضي الفقيه
أبي الطيب طاهر بن عبد الله الطبري الشافعي
ت: ٤٥٠هـ رحمه الله تعالى
حققه وعلق عليه
أبو يعقوب نشأت بن كمال المصري
عفا الله عنه
بمشاركة الباحثين بـ
مركز مجمع البحرين للبحث العلمي وتحقيق التراث
المجلد الحادي عشر
كتاب القراض . كتاب اختصار الفرائض
مركز مجمع البحرين للتحقيق والبحث العلمي


(التعليقة الكبرى)
شرح مختصر المزني
١١



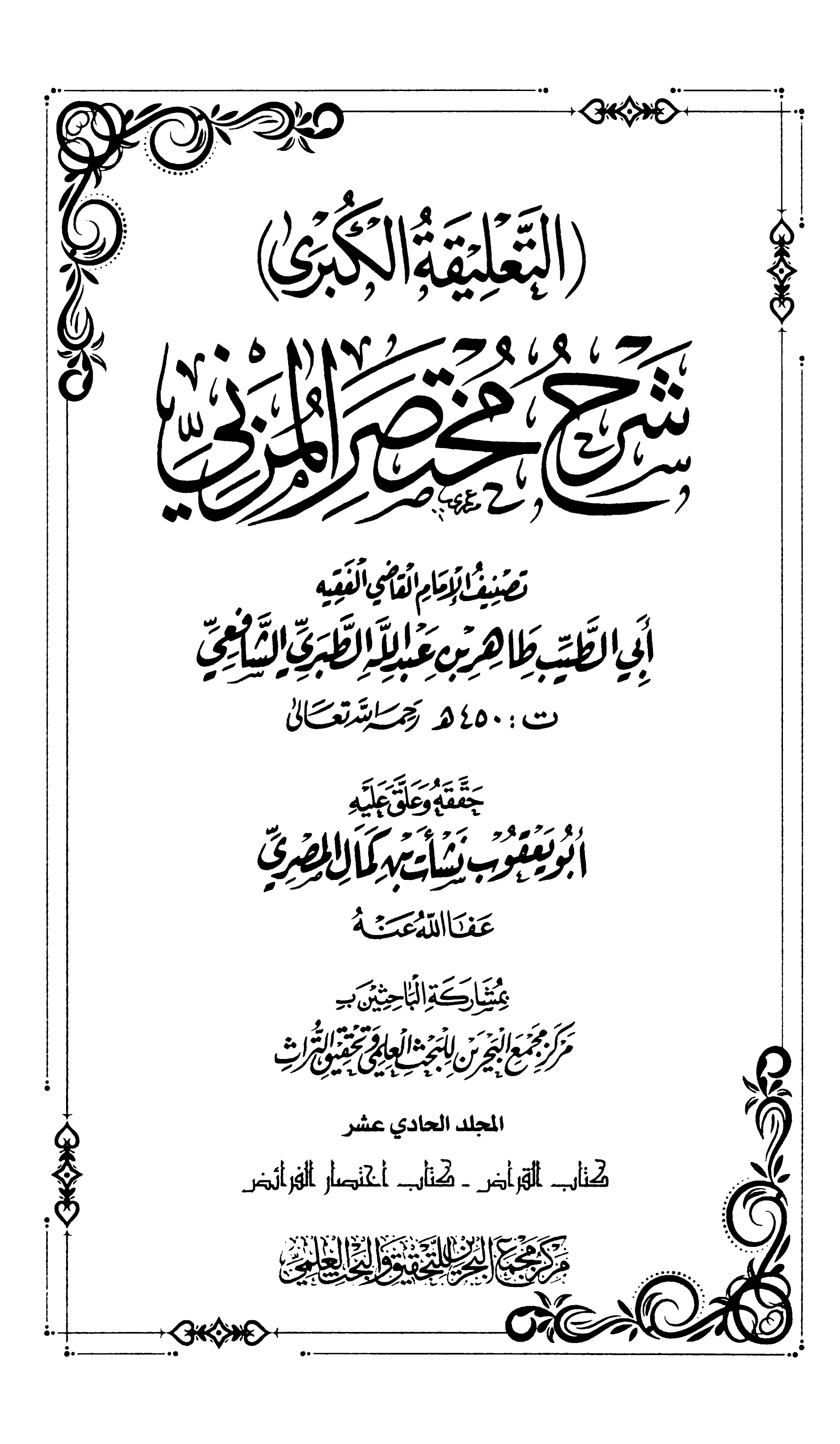
الطبعة الأولى

1443هـ/2021م

رقم الإيداع: 21113 / 2021

الترقيم الدولي: 0 - 9610 - 90 - 977 - 978





(التعليقة الكبرى)

شرح مختصر المزني

تصنيف الإمام القاضي الفقيه

أبي الطيب طاهر بن عبد الله الطبري الشافعي

ت: ٤٥٠ هـ رحمه الله تعالى

حققه وعلق عليه

أبو يعقوب نشأت بن كمال المصري

عفا الله عنه

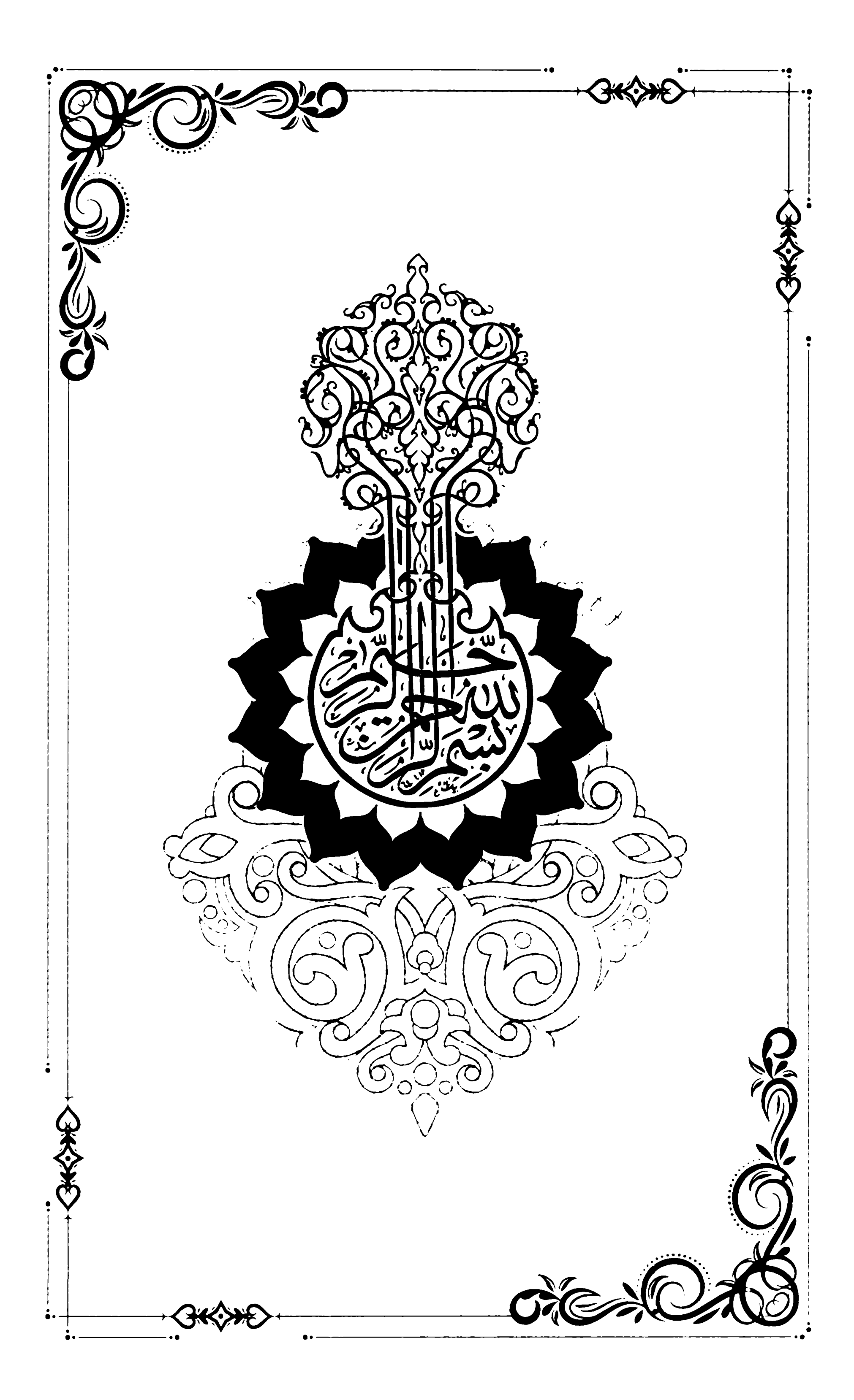
بمشاركة الباحثين بـ

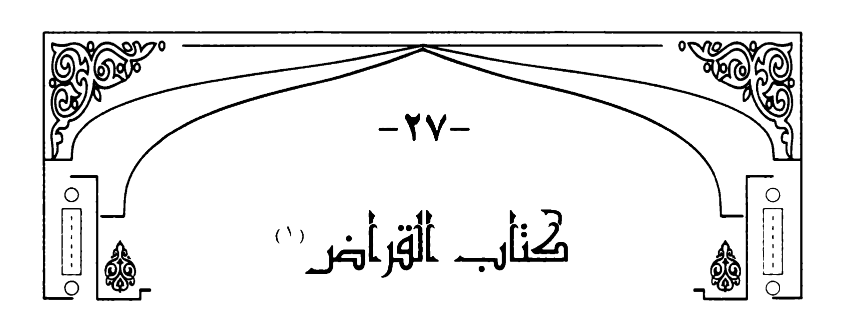
مركز مجمع البحرين للبحث العلمي وتحقيق التراث

المجلد الحادي عشر

كتاب الفرائض - كتاب اختصار الفرائض

مركز مجمع البحرين للتحقيق والبحث العلمي


بسم الله الرحمن الرحيم



-٢٧- كتاب القراض[(١)]

القِراضُ والمضاربةُ اسمان لشيءٍ واحدٍ، وهو أن يدفع رجلٌ إلىٰ آخر[(٢)] مالًا ليتجر فيه له، فما قسَم اللهُ من ربحٍ كان بينهما علىٰ ما يشترطانه، فسمي قراضًا اشتقاقًا من المقارضة، وهي المساواة، ومنه: تقارض الشاعران، إذا ساوىٰ كلُّ واحدٍ منهما صاحبه فيما ينشده من الشعر، فكذلك ها هنا، قد تساويا فيه، إذ كان من أحدهما المال ومن الآخر العمل.

وسُمي مضاربةً لأجل أن كل واحدٍ منهما يضرب بسهمٍ في الربح، فلما حصل لكلٍّ واحدٍ منهما الضربُ فيه قيل مضارب، كما يقال مقاتلة ومشاتمة.

والمضارِبُ - بكسر الراء - والعاملُ سُمي مضاربًا؛ لأنه يضرب في المال، بمعنىٰ أنه يضطرب فيه ويتصرف ويتجر.

إذا ثبت هذا، فالدليلُ على جوازه: الكتابُ والإجماعُ والاعتبارُ.

---

(١) بداية الجزء الثامن - نسخة أحمد الثالث - ورمزها (ق).

(٢) في (ص): «رجل».

فالكتابُ؛ قوله تعالىٰ: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ﴾.

والإجماعُ، ما روىٰ مالكٌ[(١)] عن زيد بن أسلم: أنَّ عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب خرجا في الجيش إلىٰ العراق، فتسلَّفا من أبي موسىٰ الأشعري مالًا، فاشتريا به متاعًا، وقَدِما به المدينةَ، وربحا فيه، فأرادَ عُمَرُ أنْ يأخُذَ رأسَ المالِ والربحَ معًا، فقال رجلٌ: يا أمير المؤمنين، لو جعلتَه قِراضًا؟ فقال: قد جعلتُه، فأخَذَ رأسَ المالِ ونصفَ الربْحِ، ودَفَعَ إليهما نصفَ الربْحِ.

فوجهُ الدليل أن الرجل قال «اجعله قِراضًا»، فلولا أنه عرفه وخَبَره لم يقل ذلك، وعمر أجابه إليه، ولم يُنكره، فدل علىٰ أنه كان معروفًا في الصحابة.

فإن قيل: كيف يصحُّ الاستدلال بالقرض - في هذا الخبر - علىٰ جواز القراض؟

قلنا: لم نستدل بفعل أبي موسىٰ، وإنما استدللنا بقول الرجل وإجابة عمر إليه.

قالوا: فإذا كان أبو موسىٰ أقرضهما المال فقد ثبت ملكُهما عليه، والربحُ كان لهما، فَلِمَ فعل عمرُ ما فعل، وكيف ساغ له ذلك؟

فالجوابُ من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن القرض كان صحيحًا؛ لأن الطريق كان مخوفًا، فرأىٰ أبو موسىٰ أن المصلحة إقراضهما إياه، ليأمن عليه غرر الطريق من البصرة إلىٰ المدينة - لأنه كان عامل عمر علىٰ البصرة - فثبت أن المال لهما والربح أيضًا لهما، غير أن عمر لما رأىٰ كثرة ربحهما أحبَّ أن يوفر حظ بيت مال

---

(١) موطأ مالك (٢/ ٦٨٧).

المسلمين، فاستنزلهما عن الشطر، واستطاب نفوسَهما عنه، فطابت نفوسُهما بذلك.

والجوابُ الثاني: أن الطريقَ كان آمنًا، والقرضُ فاسدًا؛ لأن أبا موسىٰ تعدىٰ بإقراضهما المال، وكان ضمانه عليهما والربح لهما، فاستطاب نفوسهما، ويدلُّ علىٰ أن القرض كان فاسدًا قول عمر: كأني بأبي موسىٰ يقول: ابنا أمير المؤمنين، يعني أنه حاباهما في إقراضهما.

والجوابُ الثالث: أن أبا موسىٰ كان أقرضهما قرضًا صحيحًا، ثم قارضهما عليه قراضًا فاسدًا، فكان المالُ علىٰ ملك المسلمين، وإذا كان العقدُ فاسدًا كان للعامل أجر مثله، فلما كان لهما أجرة مثلهما فيما عملا وافق ذلك القدر نصف الربح.

ويدلُّ عليه أيضًا ما روىٰ مالك(١)، عن العلاء بن عبد الرحمن، عن أبيه، عن جده قال: ذكرتُ لعثمان رُخْصَ سلعةٍ في السوق، فأعطاني مالًا وقال: ابْتَعْها، فابتعتُها، ثم بعتُها، فربحتُ ربحًا حسنًا، فأتيتُه بالربحِ علىٰ حدة، ورأس المال علىٰ حدة، ثم ذكرتُ له رُخْصَ سلعةٍ أخرىٰ، فقال: ابْتَعْها، فقلت: إني ذو عَيْلَة وذو صَنْعَة، ولا أقدرُ أنْ أصنعَ لك، فقال: اجعلْها قِراضًا.

وروي أن ابن مسعود ﵁ دفع مالًا قراضًا(٢).

وأما الاعتبارُ، فهو أن الدراهم والدنانير لا تجوزُ إجارتُهما؛ لأنهما لا يمكن الانتفاع بهما مع بقاء العين، فلذلك جوَّزنا المضاربة عليهما، ألا ترىٰ أن الشجر لما لم تجز إجارتها أُجيزت المساقاة عليها، وبعكسها الأرض، لما

---

(١) موطأ مالك (٢/ ٦٨٨) ومن طريقه البيهقي (١١٦٠٧).

(٢) دفعه إلىٰ زيد بن خليدة، كما في الأم (٧/ ١١٤) وذكره البيهقي في معرفة السنن والآثار (١٠٢٦٩).

جازت إجارتُها لم تجز المخابرة عليها، كذلك الدراهم والدنانير لما لم يجز الانتفاع بها بالإجارة جاز فيها القراض.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَا يَجُوزُ القِرَاضُ إِلَّا بالدَّرَاهِمِ والدَّنَانِيرِ)[١].

وهذا كما قال.. القِراضُ لا يجوزُ إلا بالدراهم والدنانير التي هي أثمان الأشياء وقيم المتلفات، وبه قال مالكٌ و أبو حنيفة.

وقال الأوزاعي وابن أبي ليلىٰ: يجوز القِراضُ بسائر العروض، فإن كان مما له مثلٌ - كالحبوب والأدهان - رجع ربُّ المال حين المفاضلة إلىٰ مثله، ويكونُ الربحُ بينهما علىٰ ما يشترطانه[٢]، وإن لم يكن له مثلٌ - كالحيوان والثياب -: فرأسُ المال قيمة ذلك.

واحتج من نصرهما بأن ما جاز أن يكونَ ثمنًا لشيءٍ جاز أن يكونَ رأسَ مالٍ في القِراضِ كالأثمان.

ودليلنا: أن موضوع القِراضِ علىٰ أن ينفرد ربُّ المال برأس ماله، لا يأخذ العامل شيئًا منه، وما رزق الله من فضل كان بينهما، والقِراضُ بالعروض يفضي إلىٰ أن يشارك ربُّ المال العاملَ في بعض رأس المال، وإلىٰ أن ينفرد ربُّ المال بجميع الربح، وكلاهما غير جائزٍ.

وبيان ذلك هو أنهما إذا عقدا قراضًا بعرضٍ، فذلك العرضُ يجوزُ أن تكونَ قيمته مائةً، فيبيعه العامل بمائةٍ، ويتجر فيها ويربح حتىٰ يبلغ ألف درهمٍ، وتزيد قيمة العرض، فإذا تفاضلا وجب لربِّ المال أن يرجع إلىٰ مثل عرضه، فيحتاج

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢١).

(٢) في (ف): «يشرطانه».

العاملُ أن يبتاع مثله بألف درهمٍ - لأن قيمته قد زادت - ويدفعه إلىٰ ربِّ المال، ولا يبقىٰ في يده من الربح شيءٌ، فينفرد ربُّ المال بالكل.

وهكذا لو كانت قيمةُ العرض - حال العقد - ألفًا، وباعه العامل بألفٍ، وتجر فيها، ونقصت قيمةُ العرض وقت المفاضلة حتىٰ صارت مائةً، فعلىٰ العامل أن يرد مثله، فيشتريه بمائةٍ، ويدفعه إلىٰ ربِّ المال، ويبقىٰ في يده من ثمن العين الأولىٰ تسعمائة، فيأخذ نصفها، فيكون قد شارك ربَّ المال في بعض رأس ماله، وذلك لا يجوزُ، فإذا كان القِراضُ بالعروض ينافي العقد وموضوعه وجب أن لا يصح.

فأما الجوابُ عن قولهم إن ما جاز أن يكونَ ثمنًا جاز أن يكونَ رأس مالٍ كالأثمان، فهو أن المعنىٰ في الأثمان - التي هي الدنانير والدراهم - أنها قيمٌ في أنفسها للمتلفات وأثمانٌ للأشياء، فصح القِراضُ بها، وليس كذلك العرض، فإنه ليس بقيمةٍ في نفسه، إذ كان مقومًا بغيره، فلم يصح القراض.

فرع

إذا دفع ربُّ المال سبيكةَ ذهبٍ أو نُقرة ورِقٍ إلىٰ العامل، علىٰ أن تكونَ رأس ماله في القراض، لم يصح؛ لأن النقرة والذهب وإن كانا من جنس الأثمان، فليسا بأثمانٍ للمتلفات ولا قيمًا لها؛ لأنهما يقوَّمان في أنفسهما، فلم يصح القِراضُ عليهما كالعروض.

فرع

إذا دفع إليه فلوسًا علىٰ أن تكونَ رأسَ المال في القراض، لم يصح.. هذا مذهبنا، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف، وقال محمد: القياسُ أنه لا يصح، ولكن يجوزُ استحسانًا؛ لأنه ثمنٌ في بعض البلدان، وإذا كان ذلك ثمنًا في

بعض البلدان جاز أن يكونَ أصلًا في القِراضِ كالدراهم والدنانير[١]، وهذا غلطٌ؛ لأن الاعتبار في رأس مال القِراضِ أن يكونَ ثمنًا في سائر البلدان، فأما أن يكونَ في بعضها دون بعضٍ فلا يصح القراض، كالعروض.

فرع

إذا دفع إليه دراهمَ مغشوشةً، علىٰ أن يكونَ رأسَ مالٍ في القراض؛ لم يصح، سواء كان الغش أكثر من الفضة أو أقل منه[٢]. وقال أبو حنيفة: إذا كان الغشُّ أقلَّ من الفضة فإنه يصح، وبنىٰ ذلك علىٰ أصلِهِ في الزكاة؛ لأنه يقول: إذا ملك مائتي درهم مغشوشة، والغشُّ أقلُّ من الفضة وجبت فيها الزكاة؛ لأن الحُكْمَ للأكثر، وهذا غلطٌ؛ لأن الزكاة عندنا لا تجبُ في الدراهم المغشوشة إذا لم تكن فيها مائتا درهم فضة، فنقول في مسألتنا: إنه قراضٌ في فضةٍ وعرضٍ، فوجب أن لا يصح، أصله إذا كانا متميزين، أو كان الغش أكثر، وقولُهم إن الحُكْمَ للأكثر غير صحيحٍ؛ لأن في الأصول ما لا يكون الحكم فيه للأكثر، وقد بينا ذلك في كتاب الزكاة.

فرع

إذا دفع إليه غزْلًا، وقال «انسُجْه ثوبًا وبِعْه، فما كان ثمنًا للغزل فهو لي، وما كان فاضلًا فهو بيننا»؛ لم يصح؛ لأن القِراضَ إنما يصح فيما يملك العاملُ أن يتصرف في رقبته، وها هنا ليس للعامل التصرفُ في رقبة هذا الغزل، فلم يصح القراض[٣]، وإذا باع الثوبَ كان ثمنه لصاحب الغزل؛ لأنه عين ماله، وللعامل أجرة مثله؛ لأنه دخل في العقد علىٰ أن يكونَ له - في

---

(١) ينظر: بحر المذهب (٧/ ٧٦) والبيان (٧/ ١٨٧).

(٢) ينظر: نهاية المطلب (٧/ ٤٤١) والبيان (٧/ ١٨٧).

(٣) ينظر: الحاوي الكبير (٧/ ٣١٠).

مقابلة عمله - بعض الربح، فلما لم نسلم ذلك له: كان له أجرة مثل عمله.

فرع

إذا أعطاه شبكةً، فقال له «اصطَدْ بها، فما رزق الله من صيدٍ كان بيننا» لم يصح؛ لأن القِراضَ إنما يصحُّ فيما يكون للعامل التصرفُ في رقبته، وتكون الفائدة مستفادةً من تلك العين بالتصرف والتقليب، وها هنا إذا اصطاد الصائد يكون الصيد مضافًا إلىٰ فعله، والشبكة آلةٌ له، فلم يصح[1]، **فإذا ثبت هذا**، فإن الصيد يكونُ للصائد - لأنه مستفادٌ بفعله - ومنسوبٌ إليه، ويكونُ لصاحب الشبكة أجرةٌ؛ لأنه دخل علىٰ أن يكونَ له بعض الفائدة، فإذا لم نسلِّم ذلك له كان له أجرة المثل، والفرقُ بين هذه المسألة وبين مسألة الغزل أن العاملَ إذا نسج الثوبَ فإن الثوبَ عينُ مال صاحب الغزل، وليس للنساج غير الأثر فيه، فلهذا كان لصاحب الغزل، كذلك في الشبكة، فإن الصيدَ من فِعْل الصائد ومضافٌ إليه كما قلنا فيمن غصب غزْلًا فنسجه، فإن الثوب يكون للمغصوب منه؛ لأنه عينُ ماله، وليس للغاصب فيه إلا الأثر - وهو التلفيق - وبمثله لو غصب شبكةً فاصطاد بها[2]، فإن الصيد يكون للغاصب؛ لأنه من فِعْله ومضافٌ إليه، وعليه أجرة الشبكة.

فرع

إذا دفع إليه ثوبًا، وقال له «إذا بعتَه ونضَّ[3] لك ثمنه حينئذٍ يكون الثمن

---

(١) ينظر: بحر المذهب (٧/ ٧٦) والبيان (٧/ ١٨٨).

(٢) في (ف): «فاصطادها» وهو تصحيف.

(٣) نضَّ الثمن حصل وتعجل، وقال ابن القوطية: نض الشيء حصل، وأهل الحجاز يسمون الدراهم والدنانير نضًّا وناضًّا. قال أبو عبيد: إنما يسمونه ناضًّا إذا تحول عينًا بعد أن كان متاعًا؛ لأنه يقال ما نض بيدي منه شيء أي ما حصل.

في يدك قراضًا» لم يصح، وقال أبو حنيفة: يصح ذلك[1]، **واحتج من نصره** بأنه عقدٌ يصح مع الجهالة؛ لأن الربح لا يعلم قدره، فجاز تعليقه بشرطٍ، كالوصية والطلاق.

ودليلنا: أنه عقدٌ تؤثر فيه الجهالة، فلم يصح تعليقُه بشرطٍ مستقبلٍ كالبيع.

فإن قالوا: عندنا إذا أعطاه الثوبَ علىٰ أن يبيعه ويجعل ثمنه قراضًا، جاز ذلك، فلا نسلِّم أن الجهالة تؤثر فيه.

قلنا: هذا غير صحيحٍ؛ لأنَّا أجمعنا علىٰ أنه لو عقد معه القِراضَ علىٰ دراهم في كيسٍ مجهولة القدر لم يصح، وكذلك لو قال له «لك جزءٌ من الربح» لم يصح، فقد أثَّرت الجهالةُ في هذا العقد، ولأنه علَّق العقد بشرطٍ مستقبلٍ فلم يصح، كما لو قال له «إذا جاء رأس الشهر، فقد قارضتُك».

فأما الجوابُ عن قولهم إنه عقدٌ يصح مع الجهالة، فقد بينَّا أن الجهالة تؤثر فيه، وأما الربحُ فلا سبيل إلىٰ معرفة قدره إلا بتجزئته، وهو أن يجعل له النصف أو الثلث منه، أو غير ذلك من الأجزاء، فجاز تعليقُهما علىٰ شرطٍ، وليس كذلك في مسألتنا، فإن الجهالة تؤثر في هذا العقد، فلم يجز تعليقُه علىٰ شرطٍ، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ ﵁: (فَإِنْ قَارَضَهُ، وَجَعَلَ رَبُّ الْمَالِ مَعَهُ غُلَامَهُ وَشَرَطَ أَن يَكُونَ الرِّبْحُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْغُلَامِ والْعَامِلِ أَثْلَاثًا فَهُوَ جَائِزٌ)[2].

(١) ينظر: بحر المذهب (٧/ ٧٧) والبيان (٧/ ١٨٨).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢١).

وهذا كما قال.. اختلف أصحابُنا في صورة هذه المسألة علىٰ وجهين؛ فمنهُم مَن قال: صورتُها أن يدفع رجلٌ إلىٰ آخر مالًا قراضًا، علىٰ أن يعمل فيه، وشَرَطَ أن يكونَ ثلثُ الربح للعامل، وثلثه لربِّ المال، وثلثه لعبده، ولا يكون من العبد عملٌ في ذلك، فهذا الذي قال الشافِعِيُّ إنه يجوز[(١)]

وإنما كان كذلك لأن يد العبد كيد سيده، وما يأخذه العبدُ من الربح يرجع إلىٰ سيده؛ لأن العبدَ لا يملك شيئًا، ألا ترىٰ أنه لو أوصىٰ للعبد فإن الوصية ترجع إلىٰ السيد، فإذا ثبت أن الربح الذي يأخذه العبدُ يرجعُ إلىٰ سيده فإنه يصح، كما لو شرط ربُّ المال أن يكونَ له ثلثا الربح، وللعامل الثلث.

فأما إذا شرط أن يكونَ من العبد عملٌ، ويأخذ ثلث الربح فإنه لا يجوزُ؛ لأنا قلنا إن عملَ العبد كعمل سيده، ثم لو شرط سيده - وهو ربُّ المال - أن يكونَ منه المال والعمل: لم يصح، كذلك ها هنا، ولأن الربح في القِراضِ إنما يستحق بسببين: فربُّ المال يستحق برأس المال، والعامل بعمله.

فلو قلنا إن شرط عمل العبد لا يفسده كنا قد جعلنا لربِّ المال بعض الربح بماله وبعضه بعمله، وهذا غير جائز.

وذهب أبو العباس وأبو إسحاق وعامةُ أصحابنا إلىٰ أنه إذا شرط ثلثَ الربح لعبده صح، سواء شرط عملًا أو لم يشرط، وإنما كان كذلك لثلاثة معانٍ:

أحدها: أن هذا عقدٌ علىٰ أصل يشتركان فيه، فوجب أن لا يفسد بشرط عمل العبد فيه، كالمساقاة، وذاك أن المساقاة لو شرط أن يعمل عنده في

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٧/ ٣١٠) وقال الجويني في النهاية (٧/ ٤٥٨): أجمع الأصحاب علىٰ صحة هذا العقد، وقضوا أن إضافة الثلث إلىٰ العبد بمثابة إضافته إلىٰ السيد، فكأنه قال: الثلثان من الربح لي، والثالث لك.

النخل بأن يحفر آبارها ويسد سواقيها وغير ذلك من العمل لم يسقط العقدُ، فكذلك ها هنا.

والثاني: هو أن الأصل في القِراضِ هو المال، وعملُ العبد تبع له، وما كان تبعًا لم يفسد الأصل، ألا ترىٰ أن بيع الثمرة قبل بدوِّ صلاحها لا يصح بغير شرط القطع، ولو بيعت الأصولُ تبعتها الثمرةُ في البيع ولا يحتاج إلىٰ شرط القطع.

والثالث: أن مال القِراضِ ملكٌ للسيد، ومنافع العبد أيضًا ملكٌ له، وهي في معنىٰ المال، ولو ضمَّ مالًا إلىٰ مالٍ لصح القِراضُ عليه، فكذلك إذا ضمَّ المنافع إلىٰ مال القراضِ يجب أن يصح القِراضُ علىٰ الجميع.

فرَّع أبو العباس على هذا بأن قال: لو دفع رجلٌ إلىٰ رجلٍ ألفًا قراضًا، وسلم إليه دابةً أو حمارًا، وقال «تستعين بهذه البهيمة لحمل المتاعِ عليها، وتركبها»، صح عقدُ القراضِ؛ لأن الأصل هو المالُ، وعملُ هذه البهيمة تبعٌ له[1].

فإن قيل: أليس قد قلتم لو سلم رجلٌ إلىٰ رجلٍ بهيمةً قراضًا علىٰ أن تكونَ أجرة العمل بينهما لم يصح، إلا كان ها هنا مثله؟

فالجوابُ أن الفرق بينهما أنه جعل البهيمة - هناك - أصلًا في القراضِ فلم يصح، وها هنا جَعَلَ الأصل المال، وسلَّم إليه البهيمة[2] ليستعين بها لا لتكون أصلًا، فهي تبعٌ للمال، وفرقٌ في الأصول بين الشيء إذا كان أصلًا في نفسه وبين أن يكونَ تبعًا لغيره، كما ذكرنا في بيع الثمرة قبل بدو صلاحها.

---

(١) ينظر: روضة الطالبين (٥/ ١١٩).

(٢) في (ف): «بهيمة».

فرع

إذا دفع المقارضُ إلىٰ العامل مالًا قِراضًا، وشَرَطَ أن يكونَ بعض الربح لغلامه الحُر أو لأجنبي أو لزوجته[١] نَظَرْتَ، فإن شرط أن لا يكون منهم عملٌ في ذلك لم يصح عقد القِراضِ قولًا واحدًا، فلم يستحقَّ الربح كعمل ربِّ المال، وله حُكْمُ نفسه، فهو كما لو قارض رجلين صح القراضُ، كذلك ها هنا.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقَارِضَهُ إِلَى مُدَّةٍ مِنْ الْمُدَدِ)[٢].

وهذا كما قال.. عقدُ القِراضِ من العقود الجائزة، وهو أن العامل يتصرفُ في رقبة المال بإذن ربِّ المال، وله أن يمنعه عن التصرف أي وقتٍ شاء، فجرىٰ مجرىٰ الوكالة، ذاك أن الوكيلَ يتصرفُ لموكله بإذنه، ولموكله أن يعزله أي وقتٍ شاء، فلما كان عقدُ الوكالة من العقود الجائزة كان عقدُ القِراضِ مثله.

فإن قيل: أليس العاملُ في المساقاة يتصرفُ لربِّ النخل بإذنه، وله أن يمنعه عن ذلك، وقلتم إنه من العقود اللازمة، فهلا قلتم إن عقد القِراضِ من العقود اللازمة؟

فالجوابُ: أن الفرقَ بينهما أن عقد المساقاة يفتقر إلىٰ مدةٍ معلومةٍ[٣]، وكلُّ عقدٍ افتقر إلىٰ مدةٍ معلومةٍ كان لازمًا، والقِراضُ لا يفتقر إلىٰ مدةٍ

(١) في (ف): «لزوجته أو لأجنبي».

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢١).

(٣) المتقرر أن المساقاة لا تصح إلا إلىٰ مدة معلومة، لأنها عقد لازم، فلو جاز عقدها إلىٰ غير مدة لاستحقها العامل علىٰ الدوام. وهذا حكم الأملاك، خلافًا لأبي ثور حيث ذهب إلىٰ أن مطلقها يُحمل علىٰ سنة.

معلومةٍ، وكل ما لا يفتقر إلىٰ مدة معلومة فإنه[١] يكون جائزًا؛ ولأن العامل في القِراضِ يتصرف لربِّ المال، وله أن يمنعه من التصرف أي وقتٍ شاء، فجرىٰ مجرىٰ الوكالة، وعقد الوكالة جائزٌ[٢]، فكذلك هذا، وليس كذلك المساقاة؛ لأن العامل لا يتصرف في رقبة المال، وإنما بذل منفعةَ نفسه في مقابلة ما يأخذه من الثمرة، فجرىٰ مجرىٰ الإجارة؛ لأن المستأجر يؤاجر نفسه للعامل في مقابلة ما يأخذه من الأجرة، فلما كان عقد الإجارة من العقود اللازمة كذلك في المساقاة.

إذا ثبت هذا، فإن الشافعي ذكر أنه لا يصحُّ عقد القِراضِ إلىٰ مدةٍ من المدد[٣]، وفي ذلك ثلاثُ مسائل:

أحدها: إذا دفع إليه ألفًا قراضًا إلىٰ سنةٍ علىٰ أن يبيع ويشتري في مدة السنة، فإذا انقضتْ لم يكن له أن يبيع ولا أن يشتري، فإن هذا قراضٌ فاسدٌ؛ لأن هذا شرطٌ ليس من مصلحة العقد ينافي مقتضاها، وكلُّ شرطٍ لم يكن من مصلحة العقد ينافي مقتضاها، فإنه يبطل العقد، كما لو قال «بعتُك علىٰ أن لا أسلم إليك».

ولأن إطلاقَ عقد القِراضِ يقتضي التأبيد، فإذا شرط فيه مدةً فقد شرط شرطًا ليس من مقتضاه، فأبطله، كالنكاح؛ لأن عقد النكاح يقتضي التأبيد، فإذا قال «تزوجتُكِ إلىٰ شهرٍ» كان النكاح باطلًا، كذلك ها هنا مثله[٤].

ولأن موضوعَ القِراضِ علىٰ أنه يعلمُ كلُّ واحدٍ منهما قدر ما يخصه من

---

(١) في (ص، ف، ق): «فإن منه ما» وهو غلط، والله أعلم.
(٢) وكذلك الشركة هي عقد جائز.
(٣) الأم (٣/ ٧٥).
(٤) ينظر: بحر المذهب (٧/ ٨١) والبيان (٧/ ١٩٧).

الربح عند المفاصلة، ولا يمكنُ الوقوفُ علىٰ قدر الربح إلا أن ينضَّ الثمن، والثمن لا ينضُّ إلا بالبيع، فإذا منعه من البيع بعد انقضاء السنة فربما لا يتسع لبيع ذلك ولنض الثمن، فإذا شرط هذا فقد شرط شرطًا يبطل مقصود العقد، فأبطله، كما قلنا في المستأجر؛ لأنه إذا استأجر رجلًا علىٰ أن يعمل عملًا معلومًا في مدةٍ مجهولةٍ، أو أن يعمل عملًا مجهولًا في مدةٍ معلومةٍ صحَّتِ الإجارة، وإذا جمع بينهما بطلت الإجارة، كذلك هاهنا.

وفي هذا المعنىٰ إذا قال «علىٰ أن ليس لك أن تبيع ولا أن تشتري»، فمنعه من البيع هو الذي يبطل العقد، فإذا شرط منعه من البيع وحده أولىٰ أن يبطل العقد هذا الشرط، وأما إذا قال «علىٰ أن ليس لك أن تشتري بعد انقضاء السنة، ولك أن تبيع» فإن ذلك يجوز.

والمسألة الثانية: إذا قال «قارضتُك إلىٰ سنةٍ علىٰ أن ليس لي أن أمنعك في أثناء هذه السنة من البيع والشراء»، فإنه لا يصح القراضُ؛ لأنه من العقود الجائزة[١]، ولربِّ المال أن يمنعَ العاملَ من التصرف متىٰ شاء، فلو قلنا ليس له أن يمنعه في مدة سنةٍ صار ذلك عقدًا لازمًا، والعقودُ الجائزةُ لا تصير لازمةً بالشرط، ولا تصيرُ اللازمةُ جائزةً.

والمسألة الثالثة: إذا قال «قارضتُك إلىٰ سنةٍ، علىٰ أني إن شئت منعتُك من التصرف قبل مضي السنة، وإذا مضت السنة كان القِراضُ صحيحًا»، جاز ذلك؛ لأن بإطلاق العقد يكونُ له أن يمنعه من الشراء والبيع أي وقت شاء، فإذا شرط ذلك كان الشرط من مقتضىٰ العقد، فلم يبطله، والله أعلم.

---

(١) يعني يجوز لكل واحدٍ منهما أن يفسخه متىٰ شاء؛ لأنه عقد يتضمن تصرف العامل في رقبة المال بإذن رب المال، فكان جائزًا كالوكالة والشركة.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال الشافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (وَلَا يَشْرُطْ أَحَدُهُمَا دِرْهَمًا عَلَى صَاحِبِهِ)(١).

وهذا كما قال.. إذا دفع مالًا قراضًا، وشرط أن يكونَ له دراهمُ من الربح، والباقي يكونُ بينهما، أو يكونُ للعامل من الربح درهمٌ، والباقي بينهما، فإن ذلك القِراضَ فاسدٌ؛ لأن مقتضىٰ عقد القِراضِ أن لا ينفرد أحدُهما، وهذا ينافي صحة العقد، فبطل.

وإذا شرط ربُّ المال علىٰ العامل أنه إذا اشترىٰ برأس المال شيئًا يستحسنه أو يسترخصه، فإنه يأخذه ربُّ المال أو العامل بما اشتراه، فإنه لا يصح، لما ذكرناه من جواز أن يكونَ الربحُ كلُّه في المأخوذ، ولأنه إذا أضيف قدر الربح الذي في المأخوذ إلىٰ ما يخصه من الجزء الباقي صار الكل مجهولًا، وإذا كان الكل مجهولًا بطل.

وهكذا لو شرط ربُّ المال أن له أن ينتفع بما يشتريه العاملُ برأس المال، مثل أن يكونَ عبدًا فيستخدمه إلىٰ أن يبيعه، أو دابةً فيركبها، أو ثوبًا فيلبسه، لم يصح القِراضُ للمعنيين اللذين ذكرناهما آنفًا.

فإن قيل: أليس قلتم إنه إذا شرط أن يكونَ لأحدهما ثلثا الربح وللآخر الثلث، صح العقد وإن كان أحدهما ينفرد ببعض الربح، هلا قلتم ها هنا إنه إذا شرط أحدُهما درهمًا لنفسه من الربح، أو شرط أن يأخذ مما يشتريه العاملُ ما يسترخصه وأن ينتفع به إلىٰ أن يبيعه إنه لا يبطل العقد؛ لأنه ليس فيه أكثر من انفراد أحدهما ببعض الربح ؟

قلنا: لا فرق بينهما، إنما لم نبطل عقد القِراضِ بانفراد أحدهما ببعض

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢١).

الربح، وإنما أبطلناه لجواز أن يكونَ الربحُ ذلك الدرهمَ الذي يأخذه المشروط له، فينفرد بجميع الربح، وإذا أضيفتْ[١] أجرةُ الانتفاع إلىٰ الجزء الذي يأخذه من الربح صار الكلُّ مجهولًا، وليس كذلك إذا شرط أن يكونَ لأحدِهما الثلث وللآخر الثلثان، لا يفضي إلىٰ أن ينفرد أحدُهما بكل الربح؛ لأنه ما من ربحٍ إلا وله ثلثٌ وثلثان، ولا يفضي إلىٰ أن يكونَ الجزءُ الذي يأخذ [كل واحدٍ منهما مجهولًا؛ لأنه ما من ربح وإن قلَّ إلا وله ثلثٌ وثلثان، فيأخذ][٢] كل واحد منهما جزءًا معلومًا.

◆ مَسْألةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللهُ: (وأَنْ لَا يَشْتَرِيَ [إلَّا مِنْ فُلَانٍ، ولَا يَشْتَرِي][٣] إلَّا سِلْعَةً بِعَيْنِهَا)[٤].

وهذا كما قال.. إذا شرط في القِراضِ أن لا يشتري إلا من فلانٍ، وأن لا يبيع إلا من فلانٍ، فالقِراضُ فاسدٌ، وكذلك إذا شرط شراء سلعةٍ بعينها، فأما إن شرط نوعًا واحدًا من المتاع جاز.

وقال أبو حنيفة: إذا شرط أن لا يشتري إلا من فلانٍ، أو أن يشتري سلعةً بعينها جاز ذلك.. **واحتج من نصره** بأنه لو شرط نوعًا واحدًا من المتاع ألا يشتري غيره جاز، فكذلك إذا شرط أن يكونَ الشراءُ من رجل واحدٍ أو سلعةٍ بعينها، ولأنه عين البيع، فوجب أن لا يبطل العقد، كما لو كانَ بيعًا كثيرًا.

ودليلنا: أن القصد من القِراضِ الفائدةُ وحصولُ الربح، وإذا عقد علىٰ

(١) في (ف): «أضيف».

(٢) ليس في (ق).

(٣) ليس في (ق).

(٤) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢١).

أن لا يكونَ الشراء إلا من بيعٍ واحدٍ ربما لم يحصل المقصودُ لجواز أن لا توجد السلعةُ التي يُرجىٰ الربحُ فيها عنده، وربما وجدت عنده فتقاعد ببيعها وأغلىٰ ثمنها، وربما غاب فلا يمكن العامل التصرف، فلا يحصل المقصود الذي وضع القِراضُ له، فلم يجز، ولأنه شرط أن لا يشتري إلا من رجل واحدٍ، فوجب أن لا يصح العقد، كما لو شرط أن لا يكون البيعُ والشراءُ إلاَّ من رجلٍ واحدٍ.

فأما الجوابُ عما ذكروه من النوع الواحد، فهو أن العادة جاريةٌ - في النوع الواحد - أن يكونَ موجودًا غير متعذر، فالغرضُ المقصودُ يحصلُ إذا اشترط، وليس كذلك في مسألتنا، فإن الغرض المقصود يتعذر، فبان الفرقُ بينهما.

وأما الجوابُ عن قولهم إنه عين البيع، فوجب أن لا يبطل العقد، كما لو كان بيعًا كثيرًا، فهو أن كافة أصحابنا قالوا: يبطل العقد، وإن كان البيع كثيرًا، فعلىٰ هذا لا نسلِّم ما قالوه، وقال الماسرجسي[1]: يجوز ذلك إذا كان البيع كثيرًا، فعلىٰ هذا نقول: إن البيع الكثير لا تتعذر السلع عنده في الغالب، فهو بمنزلة النوع الواحد، وليس كذلك في مسألتنا، فإن الغرض المقصود يتعذر حسب ما بيناه، فبان الفرقُ.

• فَصْلٌ •

إذا شرط جنسًا ينقطعُ في الناس ولا يوجد غالبًا، مثل أن يقول «ببغداد على أن تكونَ التجارة في صيد البر» كالظباء والوحوش وغير ذلك [لم يصح][2] والتعليل

---

(١) أبو الحسن محمد بن علي بن سهل بن مصلح، الماسرجسي، أحد أئمة الشافعيين بخراسان، وأعرفهم بالمذهب وترتيبه وفروع المسائل، وهو من شيوخ المصنف، وترجمته في المقدمة.
(٢) زيادة ضرورية، وسيأتي بيانها (ص ٥٥- ٥٦).

ما مضىٰ من سقوط المقصود به، وإنما يصح القِراضُ إذا لم يتعذر المقصودُ به، مثل أن يطلق له التصرف فيما بذل العامل.

وكذلك لو شرط التصرف في سلعةٍ لا تنقطع عن أيدي الناس غالبًا - كالثياب والطعام وغيرهما - فإنه وإن كان جنسًا واحدًا فالإذن فيه عامٌّ؛ لأن في كل بلدٍ قومًا يتجرون به.

قال أبو إسحاق: وهكذا إذا شرط أن لا يتجر إلا في شيءٍ واحدٍ في بعض السنة دون البعض، فإذا وجد كان عام الوجود - كالعنب والرطب - لأن المقصود موجودٌ.

فإن قيل: أليس قلتم لا يصح القِراضُ إلىٰ مدةٍ علىٰ أن يشرط أنه عند انقضاء المدة ينقطع تصرفه، هلا قلتم ها هنا إنه إذا اشترط التصرف في سلعةٍ تكون في زمانٍ دون زمان أن لا يصح عقد القِراضِ ؟

فالجوابُ: أن الفصل بينهما واضحٌ، وذلك أنه إذا قارضه إلىٰ مدةٍ لم يمكنه البيع بعد انقضائها، وربما يكون في يده ما يحتاج إلىٰ بيعه، فيبطل مقصود العقد، فلهذا لم يصح، وليس كذلك التجارة في الرطب؛ لأنه إذا انقضىٰ الرطب لا يبقىٰ في يده ما يحتاج إلىٰ بيعه، فإنه لو بقي عنده رطبٌ ما انقضت مدة الرطب، فلهذا صح.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رضي الله عنه: (أَوْ نَخْلًا أَوْ دَوَابَّ يَطْلُبُ ثَمَرَ النَّخْلِ وَنِتَاجَ الدَّوَابِّ وَحَبْسَ رِقَابِهَا)[1].

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢١).

وهذا كما قال.. إذا قارضه علىٰ أن يشتري شجرًا أو ماشيةً أو غلامًا بحبس رقبته، وينتفع بثمن النخل ونتاج الدابة وأجرة الغلام؛ كان القِراضُ فاسدًا؛ لأن موضوع القِراضِ علىٰ أن العامل يتصرف في رقاب المال، وهذا خلاف موضوعه، ولأن هذا العقد بالإجارة الفاسدة أشبه؛ لأنه شرط له عوضًا علىٰ عمله، ورقبة المال قائمةٌ بحالها، فالإجارة إذا كانت الأجرة مجهولةً لم تصح، كذلك هذا، ولأنه شرطٌ ليس بمصلحةٍ للعقد ينافي مقتضاها، فوجب أن لا يصح العقد معه، كما لو شرط أن لا يسلم المبيع، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (فَإِنْ فَعَلَ فَذَلِكَ كُلُّهُ فَاسِدٌ، فَإِنْ عَمِلَ فَلَهُ أُجْرَةُ مِثْلِهِ وَالرِّبْحُ لِرَبِّ المَالِ)[١].

وهذا كما قال.. إذا وقع القِراضُ فاسدًا، فالكلام فيه في ثلاثة فصولٍ، في تصرف العامل، وفي الربح، وفي أجرة العامل.

فأما تصرفُه فيه ببيعٍ وإكراءٍ فصحيحٌ - وإن كان القِراض فاسدًا - لأن القِراض الفاسد يشتمل علىٰ إذنٍ بالتصرف وشرطٍ، فإذا بطل كان الإذن باقيًا والفساد في غيره، فلهذا صح تصرفه، كالتصرف من الوكيل بالوكالة الفاسدة.

فإن قالوا: هلا قلتم إن تصرفه في القِراض الفاسد لا يصح، وإن كان يصح في الصحيح، كما قلتم في البيع إن المشتري إذا ابتاع شيئًا ابتياعًا فاسدًا لم يملك بيع ما ابتاعه، هلا قلتم ها هنا مثله ؟

قلنا: الفرقُ بينهما واضحٌ، وذاك أن المشتري يملك التصرف فيما اشتراه

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢١).

بالملك، فإذا لم يصح البيع لم يوجد الملك، فلهذا لم يصح تصرفه، وليس كذلك القراض؛ لأن العامل يملك التصرف بالإذن، والإذن موجودٌ، والفساد من ناحية أخرىٰ، فلهذا كان تصرفه نافذًا.

وأما الربحُ فكله لربِّ المال؛ لأن العامل يتصرف له ويشتري له، فيقع الملك له، وإنما يستحق العاملُ حصته بالشرط، فإذا بطل الشرطُ بطل الاستحقاق، كالمساقاة إذا كانت فاسدةً؛ ولأنا قد قررنا أنه كالوكالة الفاسدة لربِّ المال، كذلك هذا مثله.

وأما الكلامُ في أجرته، فللعامل مثلُ أجرة عمله علىٰ المال، سواء كان في المال ربحٌ أو لا ربح فيه.. هذا قولنا.

وقال مالكٌ: إن كان في المال ربحٌ فله أجرة مثله، وإن لم يكن هناك ربحٌ فلا شيء له؛ لأنه إنما دخل علىٰ أن له العوض بشرط أن يكونَ في المال ربحٌ، فإذا لم يكن فيه ربحٌ وجب أن لا يستحق شيئًا، كالقِراضِ الصحيح.

وهذا غلطٌ؛ لأنه عمل في قراضٍ فاسدٍ فوجب أن يستحق أجرة مثله، كما لو كان في المال ربحٌ، ولأن العامل بذل عمله في مقابلة ما شرط له - وهو سهمٌ من الربح - فإذا لم يسلم له ما شرطه له اقتضىٰ أن يرجع فيما له - وهو التصرف - وقد فات ذلك، فكان له بذلُ ما فات - وهو أجرة المثل - كما قلنا في البيع الفاسد، فإنه يجب علىٰ المشتري رد العين إذا كانت قائمة وبدلها إن كانت تالفةً، كذلك ها هنا.

فأما ما قالوه من القِراضِ الصحيح، فالفرقُ بينهما أنه لما لم يستحق المسمىٰ - وإن كان أكثر من أجرة مثله - جاز أن لا يستحق شيئًا إذا عري

عن الربح، حتىٰ إذا كان له الفضل في الزيادة كان عليه الضرر مع النقصان[١].

وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنه لو كان في المال فضلٌ يزيد علىٰ أجرة المثل لم يكن له إلا أجرة المثل، فكذلك إذا لم يكن فيه فضلٌ استحق أجرة المثل، فيكون لما لم تنفعه الزيادة لم يضره النقصان، كالبيع سواء، لما لزم المشتري المسمىٰ - وإن كان أكثر من قيمة المبيع - لزمه المسمىٰ، وإن كان أقل من قيمته.

وكذلك في البيع الفاسد، لما لم يلزم المسمىٰ - وإن كان أكثر من قيمة المبيع - لم ينقص عن قيمته، إذا كان أقل من قيمة المبيع، **إذا ثبت هذا** فللعامل أجرة مثله علىٰ جميع المال.

فإن قيل: أليس قلتم إذا كان المالُ شركةً بينهما فعملا فيه في شركة فاسدة كان الربحُ بينهما علىٰ قدر المال، فإذا كان المالُ نصفين كان لكلِّ واحدٍ منهما علىٰ صاحبه أجرة مثل عمله علىٰ ماله، ولم يكن له أجرة عمله علىٰ جميع المال، هلا قلتم في القِراضِ مثله، لو أنه لا يستحق أجرة مثله علىٰ كل المال.

قلنا: الفرقُ بينهما واضحٌ، وذاك أن مالَ الشركةِ بينهما نصفين، وإذا عمل كلُّ واحدٍ منهما علىٰ جميعه كان نصف عمله علىٰ مال نفسه، ولا يستحق الأجرة علىٰ عمله في مال نفسه، فلهذا لم يكن له إلا أجرة مثله علىٰ مال صاحبه، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنه يعمل وحده علىٰ جميع مال القراضِ، فلهذا استحق أجرة مثله علىٰ جميع المال، فبان الفرقُ بينهما.

---

(١) في (ص): «القصاص النقصان» وهو غلط.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا سَافَرَ كَانَ لَهُ أَنْ يَكْتَرِيَ مِنَ الْمَالِ مَنْ يَكْفِيهِ بَعْضَ الْمُؤْنَةِ مِنَ الْأَعْمَالِ الَّتِي لَا يَعْمَلُهَا الْعَامِلُ وَلَهُ النَّفَقَةُ بِالْمَعْرُوفِ)[١].

وهذا كما قال.. إذا دفع إلىٰ رجلٍ مالًا قراضًا، لم يخلُ العاملُ مِن أحد أمرين: إما أن يكونَ مقيمًا، أو مسافرًا، فإن كان مقيمًا فلا يخلو تصرفه فيه من أن يكونَ عملًا يتولاه بنفسه، أو يتولاه غيره.

فإن كان مما يجوز أن يتولاه بنفسه - مثل طيِّ الثوب ونشْرِه، وحلِّ الكيس وشدِّه، وغلق الصندوق وفتحه - لم يجز أن يكتري من يفعل هذا؛ لأن مقتضىٰ العقود المطلقة هو العرف والعادة، وليس العادة أن يكتري الإنسان من يشد له كيسًا أو يطوي له ثوبًا، فلهذا قلنا ليس له ذلك.

وأما إذا كان مما لا يتصرف مثلُه فيه - مثل النداء علىٰ الثوب في السوق، وحمل الثياب، وفتح الخان بيار وغَلْقه - فإن له أن يكتري من يفعل ذلك له؛ لأن العادة لم تجر أن يفعل البزار هذه الأمور بنفسه، فإن خالف واكترىٰ ما لا يجوزُ أن يكتري فيه - مثل حل الكيس وختمه - كان الضمان عليه؛ لأنه قد تعدىٰ، وإن لم يكتر فيما يجوز له أن يكتري في مثله - مثل النداء وحمل الرزمة من الدكان - فهذا لا أجرة له؛ لأنه قد تطوع له، وليس له أن ينفق علىٰ نفسه من مال القِراضِ شيئًا، بل تكونُ نفقتُه من خاص ماله.

وأما إذا كان مسافرًا فقد ذكر الشافعيُّ أنه لا يجوزُ له أن يسافر بمال القِراضِ إلا بإذن مالكه.

وحكي عن مالك وأبي حنيفة أنه يجوز له السفرُ بمال القِراضِ بغير إذن

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢١).

مالكه[١]، وبنىٰ أبو حنيفة ذلك علىٰ أصلِهِ، وأن للمودع أن يسافر بالوديعة، والمذهبُ أنه لا يجوزُ أن يسافر بها، ولا فرق عندنا بين مال القِراضِ وبين الوديعة.

إذا ثبت هذا، فسافر بإذن صاحب المال، فليس له أن يستأجر علىٰ العمل الذي يصلحُ أن يعمله بنفسه - كختم الكيس ونحوه - ويجوز أن يستأجر علىٰ حطِّ الأحمال ورفعها، ونحو ذلك مما لم تجْرِ العادة أن يفعله بنفسه، فإن خالف فالحُكْمُ في ذلك كحكم الحاضر سواء.

وأما النفقةُ التي يحتاج إليها العامل في سفره، فنقل المزني أن له النفقة بالمعروف، وروىٰ البويطي[٢] عن الشافعي، قال: ليس للعامل أن ينفق من مال القِراضِ حضرًا كان أو سفرًا.

واختلف أصحابُنا في هذه المسألة على وجهين:

منهُم مَن قال: لا يجوزُ له أن ينفق بحالٍ؛ لأنه قد أخذ في مقابلة تصرفه قسطًا من الربح، فليس له أخْذُ شيءٍ آخرٍ، ولأنه لما لم يجز له أن يأخذ منه في الحضر فكذلك في السفر، وقول الشافعي[٣] أن ينفق بالمعروف؛ أراد به النفقة علىٰ المتاع في استئجار من يحتاج إلىٰ استئجاره.

ومنهُم مَن قال: في المسألة قولان؛ **أحدهما**: لا يجوزُ له أن ينفق بحال، **والثاني**: يجوز له أن ينفق؛ لأن السفر إنما يكون لأجل المال، ويفارق هذا إذا

---

(١) ينظر: الحاوي الكبير (٧/ ٣١٧) ونهاية المطلب (٧/ ٤٦٠)، وزاد في البيان (٧/ ٢١١) أن مذهب أبي حنيفة ومالك الجواز إذا كان الطريق آمنًا، وينظر: تحرير الفتاوي (٢/ ٢٤٢ رقم ٢٧٥٥).

(٢) مختصر البويطي (ص ٦٧٣).

(٣) الأم (٤/ ١٠٤).

كان في الحضر؛ لأن مقامه لا يكون لأجل المال، فلهذا لا يكون له النفقة من المال.

فإذا قلنا: ليس له أن ينفق منه فلا كلام، وإن قلنا: له أن ينفق منه فما القدر الذي ينفقه؟ فيه وجهان، **أحدهما**: ينفقُ جميعَ ما يحتاج إليه في سفره من مأكولٍ وملبوسٍ ومؤونةٍ، **والثاني**: أنه ينفق القدر الزائد علىٰ نفقته في الحضر، وما عدا ذلك يكون من مال نفسه كما لو كان في الحضر.

إذا ثبت هذا، فقد خرج في نفقة العامل - إذا سافر بمال القِراضِ - ثلاثة أوجه، أحدها: أنه لا يجوزُ له الإنفاق منه بحالٍ، والثاني: أنه ينفق منه جميع ما يحتاج إليه، والثالث: أنه ينفق منه القدر الزائد علىٰ نفقة الحضر.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ خَرَجَ بِمَالٍ لِنَفْسِهِ كَانَتْ النَّفَقَةُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ بِالْحِصَصِ)[١].

وهذا كما قال.. إذا خرج مع مال القِراضِ بمال لنفسه، فإن قلنا ليس له الإنفاقُ من مال القِراضِ إذا خرج به وحده، فها هنا أيضًا جميع ما ينفقه يكون من ماله، وإن قلنا إن هناك ينفق جميعَ ما يحتاجُ إليه من مال القراضِ، فها هنا النفقة تُقَسَّطُ[٢] علىٰ المالين بقدرهما، فما يخصُّ مال القِراضِ يأخذه منه، والباقي يكون من مال نفسه، وإن قلنا هناك يأخذ من مال القِراضِ ما يزيد علىٰ مؤونته في الحضر، فها هنا قدر نفقة الحضر تكون في ماله، والباقي يكون علىٰ قدر المالين.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢١).

(٢) في (ص): «تسقط» وهو تحريف.

فرع

إذا دفع ربُّ المال إلىٰ العامل ألفين متميزتين، وقارضه علىٰ أن يكونَ ربح أحد الألفين له، وربح الألف الأخرىٰ للعامل، قال أبو العباس: لا يصح؛ لأن مقتضىٰ عقد القِراضِ أن يشارك العاملُ ربَّ المال في كل جزءٍ من الربح، وها هنا يدخلُ الفسادُ علىٰ العقد من الطريقين؛ لأن كل واحدٍ منهما ينفرد بربح الألف لا يشاركه صاحبه فيه، وهذا خلافُ مقصود القراضِ، فلا يصح.

فرع

إذا دفع إليه ألفين مختلطتين، علىٰ أن يكونَ ربحُ إحدىٰ الألفين للعامل، وربحُ الألف الأخرىٰ لربِّ المال، قال أبو العباس: لا يصح، وحكي عن أبي حنيفة وأبي ثور أنه يصح[1]؛ لأن الألفين إذا كانتا مختلطتين، وشرطا أن يأخذ كل واحدٍ منهما ربح ألف منهما، فهو كما لو شرطا أن يكونَ الربح بينهما نصفين، وذلك صحيحٌ.

وقال أبو العباس: هذا غلطٌ؛ لأنه إذا شرط أن يكونَ ربح الألف له، وربح ألفٍ للعامل فقد شرط أن ينفرد كل واحدٍ منهما بربح ألفٍ لا يشاركه صاحبه فيها، وهذا خلافُ مقصود القراضِ، فلم يصح؛ لأن ما من المال شيء إلا ويجب أن يشتركا في ربحه ليصح عقدُ القراضِ، فإذا أقر أحدُهما بربح شيءٍ لم يشاركه الآخر فيه؛ بطل العقد، والله أعلم.

---

(١) في (ص)، (ق)، (ف): «لا يصح»، وهو غلط ظاهر.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَمَا اشْتَرَى فَلَهُ الرَّدُّ بِالْعَيْبِ وَكَذَلِكَ الْوَكِيلُ)[١].

وهذا كما قال.. إذا اشترىٰ العامل بمال القِراضِ شيئًا ثم وجد به عيبًا كان له الرد؛ لأن العامل في القِراضِ كالوكيل، وهو قائمٌ مقام ربِّ المال في طلب الحظ، فإذا وجد به عيبًا كان له الرد، كما لو كان المشتري ربَّ المال نفسه، ولأن المقصودَ من عقد القِراضِ طلبُ الربح، والعيبُ ينافيه، وإذا كان العيبُ ينافي المقصود كان له الرد.

إذا ثبت هذا، فإن كان ربُّ المال غائبًا فإن للعامل أن يطلب الحظَّ لنفسه ولربِّ المال، فإن رأىٰ الإمساك أمسك، وإن رأىٰ الرد رد.

وإن كان ربُّ المال حاضرًا واتفقا علىٰ الرد أو الإمساك: كان لهما ذلك، وإن اختلفا في الرد والإمساك كان القول قولَ من الحظ معه؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما له تعلقٌ بهذا العقد، فللعامل بعضُ الربح، ولربِّ المال بقيتُه، فكان لكل واحدٍ منهما طلبُ الحظ فيه، هذا الكلام في القراضِ.

قال الشافعي[٢]: (وكذلك الوكيل)، وهذا صحيحٌ؛ لأن الوكيلَ يجري مجرىٰ العامل في القراضِ، وحُكْمُه كحكمه في الرد بالعيب، إلا في شيءٍ واحدٍ، وهو إذا وجد بالسلعة عيبًا، واختلف هو والموكل في الرد والإمساك فإن القولَ قولُ الموكل في ذلك دون الوكيل؛ لأن الوكيل لا تعلق له بالعقد، وإنما هو نائبٌ عن الموكل وقائمٌ مقامه.

والفرقُ بين هذه المسألة وبين مسألة القراضِ هو أن العامل في القِراضِ له

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢١).
(٢) الأم (٥/ ١٧).

تعلقٌ بالعقد، كما أن لربِّ المال تعلقًا به، فلم يكن لأحدهما أن ينفرد بالرد، وليس كذلك في الوكالة؛ لأن الوكيل لا تعلق له بهذا العقد، وإنما هو قائم مقام موكله، وحكم العقد يتعلق بالموكل وحده.

فإن قيل: أليس قلتم في الرجلين إذا اشتركا في ابتياع سلعةٍ، ثم وجدا بالسلعة عيبًا، فإن لكل واحدٍ منهما الرد دون صاحبه، هلا قلتم في الوكالة والقِراضِ مثله؟

قلنا: الفرقُ بين الشريكين وبين الوكيل وموكله واضحٌ، وذاك أن الشريكين إذا اشتريا في عقدٍ واحدٍ سلعةً صفقةً واحدةً، فهما في حكم العقدين المفردين، ولكل عقدٍ حُكْمُ نفسه، ولو اشتريا في عقدين منفردين كان لكل واحدٍ منهما الردُّ دون صاحبه، كذلك إذا اشتريا في عقدٍ واحدٍ صفقةً واحدةً، وليس كذلك الوكيل والموكل؛ لأن الوكيل نائبٌ عن موكله، يشتري له بماله، وليس له تعلق بالعقد، فلهذا كان للموكل أن يرد من غير رضا الوكيل، وليس للوكيل أن يرد من غير رضا الموكل.

وأما القراضُ، فالفرقُ فيه واضحٌ، وذلك أن ربَّ المال والعامل حقُّ كلِّ واحدٍ منهما متعلقٌ بحق صاحبه، لا يستحق العامل (من الربح شيئًا)[1] حتىٰ يسلِّم لربِّ المال رأسَ ماله، فلهذا اعتبر كل واحدٍ منهما في حكم الرد، فبان الفصلُ بينهما.

هذا إذا كان الموكلُ حاضرًا، فأما إن كان غائبًا فللوكيل الردُّ، فإن قال له البائع: «أخِّرِ الردَّ، فلعل الموكل يرضىٰ به معيبًا» لم يكن عليه التأخير خوفًا من أن لا يرضىٰ الموكل، فيلزم ذلك الوكيل في نفسه، فإن قال البائع للوكيل: «فقد رضي به الموكل معيبًا» فالقولُ قولُ الوكيل؛ لأن الأصل أنه ما رضي

---

(١) في (ف): «شيئًا من الربح».

به، ويثبت له الرد.

فرع

للعامل في القِراضِ أن يشتري المعيبَ والسليمَ؛ لأن الغرض منه طلبُ الفضل والربح، وذلك يوجد في المعيب والسليم، ويفارق الوكيل؛ لأن المقصود قُنية ما يشتريه، والإنسانُ لا يقصد أن يقتني المعيب، فلهذا لم يكن له شراء المعيب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ اشْتَرَى وَبَاعَ بِالدَّيْنِ فَضَامِنٌ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ)[1].

وهذا كما قال.. إذا دفع إليه مالًا قراضًا، وقال له «بع نقدًا أو نساءً بنقد البلد وغير نقد البلد»، جاز له جميعُ ذلك؛ لأنه قد نص عليه، وإن قال له «تصرف كيف شئت، واصنع ما ترىٰ»، اقتضىٰ ذلك ثلاثة أشياء، أن يبيع بثمن مثله، نقدًا غير نساء، بنقد البلد - كما قلنا في الوكالة.

وخالفنا أبو حنيفة في الفصول الثلاثة، وقد مضىٰ الكلامُ معه، ونقول ها هنا: إن القصد من القِراضِ الربحُ والفضلُ، والبيعُ نساء وبأقل من ثمن المثل يبطل الربح والفضل، فلهذا لم يكن له ذلك، فإن خالف العاملُ في البيع، فباع بأقل من ثمن مثله، أو باع نساءً؛ فالبيع باطلٌ؛ لأنه باع مال غيره بغير حق، فأشبه إذا لم يكن عاملًا في القراضِ، فإن كان المبيع قائمًا ردَّه، وإن كان تالفًا ردَّ القيمة، ولربِّ المال أن يطالب بالقيمة من شاء من العامل لأنه تعدىٰ بالدفع، ومن المشتري لأنه قبض من يد ضامنه.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢١).

وأما إذا خالف العاملُ في الشراء، فاشترىٰ بغير ثمن مثله، أو اشترىٰ نساءً، أو بغير نقد البلد، لم يخلُ من أن يطلق الشراء أو يذكر أنه يشتريه بالقراضِ، فإن أطلق انعقد البيعُ به وحُكم بالبيع له، والفصلُ بين البيع والشراء من وجهين:

أحدهما: أنه إذا باع، فقد باع مال غيره بغير حق، فلهذا بطل، وليس كذلك الشراء؛ لأنه إذا أطلق كان الظاهر أن ذلك له، فلهذا صح.

والثاني: أنه لو باع ذلك علىٰ أنه له بطل، فكذلك إذا باعه لغيره، وليس كذلك الشراء؛ لأنه لو اشترىٰ لنفسه صح، فكذلك إذا اشتراه لغيره، ولم يصح لذلك الغير لزمه في نفسه.

هذا إذا أطلق، فأما إذا قيد فقال «أشتريه للقراض» ففيها وجهان، قال أبو إسحاق: يصح العقد، ويتعلق به، كما لو أطلق، وقال عامة أصحابنا: يبطل؛ لأن العقد إذا عقد لجهةٍ ولم يصح بطل، والأول أصح.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رحمه الله: (وَهُوَ مُصَدَّقٌ فِي ذَهَابِ الْمَالِ مَعَ يَمِينِهِ)[1].

وهذا كما قال.. مالُ القِراضِ أمانةٌ في يد العامل لمعنيين، **أحدهما**: أنه إنما يشتري لربِّ المال بإذنه، فهو كالوكيل، **والثاني**: أن عظم منفعته لربِّ المال، وإنما للعامل قسطٌ من الربح، فإذا كان عظم المنفعة لغيره كان أمانةً في يده كالوديعة وكالوكيل بغير جُعْلٍ.

فإن قيل: هلا قلتم إنه ضامنٌ كالمستعير؟ **قلنا**: الفصلُ بينهما أن

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢١).

المستعير قبض العين لينفرد بمنفعتها، فكانت مضمونةً كالقرض، والعاملُ قبضها وعظم منفعتها لربِّها، فكانت أمانةً كالوكيل.

فإن قيل: هلا قلتم إنه ضامن كالأجير المشترك؟ **قلنا**: فيه قولان، **أحدهما**: أنها في يده أمانةٌ، فعلىٰ هذا لا فصل، **والثاني**: أنه يضمن.

فعلىٰ هذا؛ الفرقُ بينهما أن الأجير المشترك قبض العين، فتعجلت المنفعة له - وهي الأجرة - فإنه ملكها بالعقد، وتأخرت المنافع للمالك، فلهذا كان مضمونًا عليه، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن المنافع تعجلت لربِّ المال - وهي العمل - علىٰ ماله، وتأخرتْ منفعةُ العامل، فلهذا كانت أمانةً في يده.

إذا تقرر هذا، فإن ادعىٰ أنه قد رده علىٰ مالكه، فهل يُقبل قولُه أم لا ؟ المذهبُ أنه يُقبل قولُه علىٰ ربِّ المال؛ لأنه قبض الأمانة - ومعظم منافعها لربِّها - فكان القولُ قولَه في ردها، كالمودع والوكيل بغير جعلٍ، ومِن أصحابِنا مَن قال: القولُ قولُ ربِّ المال؛ لأنه قبضها لمنفعة نفسه - وهو أن له قسطًا من الربح - فلم يُقبل قولُه في الرد، كالمرتهن والمستأجر.

وجملتُه أن الأمناء علىٰ ثلاثة أضربٍ، منهُم مَن يقبل قوله في الرد، قولًا واحدًا، وهو المودع والوكيل بغير جُعلٍ، ومنهُم مَن لا يُقبل قولُه، قولًا واحدًا - وهو المستأجر والمرتهن - ومنهُم مَن فيه وجهان، وهو الوكيل بجُعلٍ، والعاملُ في القراضِ، والأجير المشترك - إذا قلنا أنه أمينٌ- وقد مضىٰ هذا في الوكالة مستوفًىٰ، والله أعلم.

◆مَسْأَلَةٌ◆

◆ قال الشافِعِيُّ ﵁: (مَنْ يُعْتَقُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ بِإِذْنِهِ عَتَقَ)[١] الفصل إلى آخره.

وهذا كما قال.. هذا الكلامُ يشتمل علىٰ ثلاثة فصولٍ، **أحدها**: أن يشتري العاملُ من يُعتق علىٰ ربِّ المال، **والثاني**: إذا اشترىٰ العبد - المأذون له في التجارة - أبا سيدِهِ، **والثالث**: إذا اشترىٰ العاملُ من يعتق عليه.

فإذا اشترىٰ العاملُ من يُعتق علىٰ ربِّ المال - والذي يعتق عليه هو العمودان، الوالدون والمولودون - مثل أن يشتري أباه أو جده أو أمه أو جدته أو ولده أو ولد ولده، فلا يخلو من أن يكونَ بإذنه أو بغير إذنه:

فإن كان بإذنه فالشراءُ صحيحٌ؛ لأنه يقومُ مقامه، فكان كما لو اشترىٰ بنفسه، فإذا صحَّ الشراء عتق العبد؛ لأنه ملكه من يعتق عليه بالملك، فإذا عتق انفسخ القِراضُ فيه؛ لأنه خرج عن أن يكونَ مالًا.

ثم لا يخلو من أن يكونَ جميعَ مال القِراضِ أو بعضه، فإن كان جميعَه فقد زال القراضُ، كما لو أتلفه مالكه، وإن كان بعضَ مال القِراضِ - مثل أن يكونَ المال مائتين، فاشتراه بمائة انفسخ القِراضُ في المائة. هذا إذا كان بإذنه.

فأما إذا كان بغير إذنه؛ فلا يخلو من أن يشتريه بعين المال، أو في الذمة، فإن كان بعين المال، فالشراء باطلٌ؛ لأنه إنما يشتري للقراض ما يطلب فيه الفضل والربح، وشراء هذا تلفٌ للمال، وإن كان الشراءُ في الذِّمة صح العقدُ

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢١).

للعامل؛ لأنه إذا لم يصح لمن اشتراه له لزمه، كالوكيل، وليس له أن ينقد من مال القراضِ، فإن فعل فعليه الضمان.

فرع

إذا كان ربُّ المال امرأةً - ولها زوجٌ مملوكٌ - فاشترىٰ العاملُ زوجَها للقراض، فهل يصح الشراء أم لا؟ فيه وجهان[1]، أحدهما: يصح، وإليه ذهب أبو حنيفة. والثاني: لا يصح.

فإذا قلنا يصح، فوجهُهُ أن المقصود من القِراضِ طلبُ الربح والفضل، وقد تطلب ذلك بشراء زوجها، كما تطلب بشراء غيره، ويفارقُ إذا اشترىٰ أباها؛ لأن الفضل لا يطلب به، فإنه يذهب رأس المال والربح.

وإذا قلنا لا يصح، فوجهُهُ أن ربَّ المال يستضر بذلك؛ لأن نكاحها ينفسخ، ونفقتها تسقط، فهو كما لو اشترىٰ أباها.

وإذا قلنا يصح الشراء، فلا فرق بين أن يكونَ بإذنِها أو بغير إذنِها، وينفسخ نكاحها، وتسقط نفقتها.

وإذا قلنا لا يصح، فالحكم فيه كما لو اشترىٰ من يعتق عليها، فإن كان بإذنِها صح، وانفسخ النكاح، والقِراضُ بحاله، وإن كان بغير إذنِها، نُظِر:

فإن اشتراه بعين المال فالشراء باطلٌ؛ لأنه اشترىٰ بعين مال غيره ما لم يؤذن له فيه.

وإن كان الشراء في الذمة صح للعامل، كالوكيل إذا اشترىٰ لموكله ما لا يصح أن يشتريه له، فإنه يقع للوكيل.. **هذا الكلامُ في الفصل الأول.**

---

(١) في (ف)، (ق): «قولان».

• فَصْلٌ •

وأما الفصلُ الثاني، وهو إذا أذن لعبده في التجارة، فاشترىٰ العبدُ أبا سيدِهِ[١]، فلا يخلو أن يكونَ اشتراه بإذنه أو بغير إذنه، فإن كان بإذنه صح الشراء؛ لأنه أقامه مقام نفسه في التصرف - ولو اشترىٰ أباه بنفسه صح - فكذلك إذا اشتراه له بإذنه.

فإذا ثبت أن الشراء صحيحٌ، فإن لم يكن علىٰ العبد دينٌ عتق عليه؛ لأنه ملك أباه، ولم يتعلق حق الغير به، وإن كان علىٰ العبد دينٌ، فهل يعتق الأب أم لا ؟ في ذلك قولان بناء علىٰ عتق الراهن إذا أعتق عبده المرهون، هل يعتق أم لا؟ علىٰ قولين، وذلك أن العبد إذا ركبه دينٌ تعلق حق الغرماء بما في يديه، كما يتعلق حق المرتهن بالعبد المرهون، فلما كان عتق الراهن علىٰ قولين كذلك ها هنا أيضًا.

فإذا قلنا لا يعتق، فلا كلام، وإذا قلنا يعتق، أخذ من السيد قيمته، فيكون في يد العبد، يقضي الدين منه.

هذا الكلامُ فيه إذا اشترى بإذن سيده، فأما إذا اشتراه بغير إذنه، فلا يخلو من أن يكونَ علىٰ العبد دينٌ أو لا دين عليه، فإن لم يكن عليه دينٌ، فهل يصح الشراءُ أم لا ؟ قال ها هنا: يصح، وقال في الدعاوىٰ والبينات[٢] فيه قولان:

أحدهما: لا يصح - وهو المذهبُ - ووجهُه أن السيد إنما أذن له في تنمية المال وطلب الفضل والربح، فلو صح هذا كان فيه هلاكُ الأصل

---

(١) أو اشترىٰ ابن سيده أو من يعتق عليه إذا ملكه.

(٢) ينظر: الأم (٦/ ٢٧٢).

والربح؛ لأنه يعتق علىٰ سيده، فهو كما قلنا في العامل إذا اشترىٰ من يعتق علىٰ ربِّ المال بغير إذنه، فإن الشراءَ لا يكونُ للقراض، كذلك هاهنا.

فعلىٰ هذا القول لا فرقَ بين أن يشتري العبدُ أبا سيده بعين المال أو في الذمة، فالشراء باطلٌ، والعاملُ في القِراضِ إن كان شراؤه بعين المال بطل، وإن كان في الذمة لزمه الشراء في نفسه.

والفرقُ بين العبد والعامل هو أن العبد لا ذمة له، ولا يملك، فلهذا لم يصح شراؤه بكل حالٍ، وليس كذلك العامل؛ لأنه يصح أن يشتري لنفسه؛ لأنه يملك، وله ذمةٌ، فلهذا إذا اشترىٰ في ذمته لزمه في نفسه.

والقول الثاني: يصحُّ شراءُ العبد؛ لأن السيد لما أذن له في التجارة - مع العلم بأنه لا يصحُّ أن يشتري لنفسه بوجهٍ - علم أنه أطلقه في كل شيءٍ يصح أن يشتريه السيد بنفسه [لأنه يملك وله ذمة][1]، والسيدُ يصحُّ أن يشتري أبا نفسه، فكذلك هاهنا، ويفارقُ العاملَ في القراضِ؛ لأنه يصح أن يشتري لنفسه وللقراض، فإذا أذن له في الشراء كان إذنًا فيما لربِّ المال فيه فائدةٌ، ولا يكون إذنًا في كل ما يصح أن يشتريه ربُّ المال لنفسه، فبان الفرقُ بينهما.

فإذا قلنا الشراء باطلٌ، فلا كلام، وإذا قلنا يصحُّ، عتق علىٰ سيده؛ لأنه لم يتعلق حق الغير به.

هذا إذا اشتراه ولا دين عليه، فأما إذا كان عليه دينٌ، فهل يصح الشراء أم لا ؟ علىٰ وجهين، **أحدهما**: يصح، **والثاني**: لا يصح[2]، والتوجيه ما مضىٰ، فإذا قلنا لا يصح، فلا كلام، وإذا قلنا يصح، فهل يعتق عليه أم لا ؟ علىٰ وجهين، بناء علىٰ عتق الرهن.

(١) زيادة من (ق).
(٢) ينظر: الأم (٦/ ٢٧٢).

• فَصْلٌ •

وأما الفصلُ الثالثُ، وهو إذا اشترىٰ العاملُ أبا نفسه، فلا يخلو من أن يكونَ في المال ربحٌ أو لا ربح فيه.

فإن لم يكن فيه ربحٌ صح الشراء؛ لأنه لا حق له فيه، فهو كالوكيل، والوكيلُ يصح أن يشتري من يعتق عليه لموكله، كذلك ها هنا، ثم ينظر، فإن بيع هذا العبد قبل أن يظهر في المال ربحٌ، فلا كلام، وإن بقي حتىٰ ظهر في المال ربحٌ، فهل يعتق علىٰ العامل شيءٌ منه أم لا ؟ بنينا علىٰ القولين متىٰ يملك العامل حصته من الربح فإنه علىٰ قولين، **أحدهما**: لا يملك بالظهور وإنما يملك بالمقاسمة والمفاصلة، **والثاني**: يملك حصته بظهور الربح.

فإذا قلنا: لا يملكُ حصته بالظهور، لم يعتق عليه شيءٌ منه؛ لأنه ما ملك شيئًا من أبيه، وإذا قلنا: يملك حصته بالظهور، فهل يعتق عليه قدر ملكه منه أم لا؟ علىٰ وجهين، **أحدهما**: لا يعتق عليه؛ لأن ملكه ما استقر علىٰ حصته؛ لأن الربح وقايةٌ لرأس المال، وإذا لم يستقر عليه لم يعتق، كالمكاتب إذا ملك من يعتق عليه لم يعتق، وإن كان معه فضلٌ عن نجومه؛ لأنه وقايةٌ لنجومه، كذلك هاهنا، **والوجه الثاني**: أنه يعتق عليه نصيبه؛ لأنه قد ملك قسطًا من أبيه ملكًا صحيحًا، فلهذا عتق عليه.

فإذا قلنا لا يعتق، فلا كلام، وإذا قلنا يعتقُ عتق منه نصيبه، فإن كان موسرًا قُوِّم عليه نصيب ربِّ المال، وعتق عليه، وانفسخ القِراضُ فيه، وإن كان معسرًا عتق منه ما عتق، وانفسخ القِراضُ فيه، ورق ما رق لربِّ المال.

هذا كلُّه إذا اشتراه ولا ربح في المال، فأما إذا كان في المال ربحٌ، فهل يعتق عليه شيء أم لا ؟ علىٰ القولين، فإن قلنا لا يملك حصته بالظهور لم

يعتق عليه شيءٌ منه؛ لأنه ما ملك شيئًا منه، فهو كما لو لم يكن في المال ربحٌ، وإذا قلنا يملك حصته بالظهور فهل يصح الشراء أم لا ؟ يبنىٰ علىٰ وجهين، فإن قلنا لا يعتق عليه ما ملك منه صح الشراء أيضًا؛ لأنه لا مانع يمنع منه، وإذا قلنا يعتق منه بقدر حصته، فهل يصح الشراء أم لا ؟ علىٰ القولين، **أحدهما**: يصح؛ لأنهما شريكان في المال، والشريكان إذا اشتريا عبدًا يعتق علىٰ أحدهما صح، فكذلك ها هنا، **والقول الثاني**: لا يصح الشراء لأنه يقتضي أن يعتق حصته منه، وهذا يؤدي إلىٰ أن يسبق العامل بقدر حصته قبل أن ينض لربِّ المال رأس المال، وذلك خلافُ موضوع القراضِ.

فإذا قلنا الشراء باطلٌ، فلا كلام، وإذا قلنا صحيحٌ، عتق نصيبه منه، فإن كان موسرًا قوِّم عليه نصيب ربِّ المال، وعتق جميعه، وانفسخ القِراضُ في قدره، وإن كان معسرًا عُتق منه ما عتق، وانفسخ القِراضُ فيه، ورق منه ما رق لربِّ المال، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ ﵁: (وَمَتَى شَاءَ رَبُّهُ أَخْذَ مَالِهِ قَبْلَ الْعَمَلِ وَبَعْدَهُ، وَمَتَى شَاءَ الْعَامِلُ أَنْ يَخْرُجَ مِنْ الْقِرَاضِ خَرَجَ مِنْهُ)[1].

وهذا كما قال.. إذا أراد أحدُ المتقارضين أن يفسخ القراضَ كان له ذلك، سواء كان ذلك قبل العمل أو بعده؛ لأن القِراضَ من العقود الجائزة، بدليل أن العامل يبتاع لربِّ المال بإذنه، فهو كالوكيل، ولأنه عقدٌ ليس علىٰ التأبيد لا يفتقر إلىٰ مدةٍ معلومةٍ ولا عملٍ معلومٍ، فأشبه الشركةَ والوديعةَ، فإذا وقع

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢١).

الفسخُ لم يكن للعامل الشراء؛ لأن الفسخ قطع الشراء[١].

ثم لا يخلو أن يكونَ ربُّ المال الذي فسخ أو العامل، فإن كان ربَّ المال فلا يخلو من أن يكونَ المال ناضًّا أو عَرَضًا.

فإن كان ناضًّا - وذلك قبل التصرف - أخذه ربُّه، ولا شيء للعامل، وإن كان بعد التصرف، فإن لم يكن فيه ربحٌ أخذه ربه، وإن كان فيه ربحٌ اقتسما الربح علىٰ ما شرطاه.

وإن كان المالُ عَرَضًا فللعامل البيع؛ لأنا قد قلنا إن الفسخ أفاد منع الشراء دون البيع، وإنما قلنا له البيع لحقه وحق ربِّ المال، فلأن عليه رد المال ناضًّا كما كان، وأما حقُّه فلأجل أن يبين قسطه من الربح، وله ذلك سواء كان في المال ربحٌ أو لم يكن؛ لأنه قد يرغب راغبٌ ويزيد أو يتغير السعرُ إلىٰ حين البيع، فإن كان مال القِراضِ دينًا - مثل أن يكونَ ربُّ المال أذن في البيع بالدين - فعلىٰ العامل أن يقبضه سواء كان في المال ربحٌ أو لا ربح فيه.. هذا قولنا.

وقال أبو حنيفة - إن كان فيه ربحٌ - كما قلنا، وإن لم يكن فلا يجبُ علىٰ العامل القبض، وله أن يحيل ربَّ المال به علىٰ من هو عليه؛ لأنه إذا قبضه لم يكن له فائدةٌ في مقابلة عمله.

وهذا غلطٌ؛ لأن علىٰ العامل رد المال إلىٰ ربه كالذي كان، فلا يلزمه أن يقبل الحوالة به، كما لو كان فيه فضلٌ، وتعليله بعدم العوض في مقابلة فعله غير صحيحٍ؛ لأنه دخل في العقد علىٰ ذلك ورضي به.

فأما إن كان المالُ عرضًا، فقال ربُّ المال: «أنا أقوِّمه بعدلين مقوِّمين،

---

(١) تقدم البحث في ذلك (ص ١٥ - ١٦).

وأنظر ما فيه من فضل فأعطيك حقك منه وأسقط البيع عنك» لزم العاملَ القبول؛ لأنه يصل إلىٰ حقه ويسقط عنه البيع، كما قلنا فيمن أعار أرضًا للغراس والبناء، فغرس المستعيرُ وبنىٰ، فقال المعير: «أنا أعطيك قيمة الغراس والبناء، ويسقط عنك القلع » لزمه القبول، كذلك ها هنا.

هذا كلُّه إذا فسخ ربُّ المال، فأما إن كان الفاسخُ هو العامل فالحُكْمُ كما لو كان الفاسخُ ربَّ المال في جميع الأشياء التي ذكرناها، إلا أنا نزيد ها هنا فصلًا، وهو إذا قال العامل لربِّ المال «قد تركت حقي منه، فخذه بحاله، والمال عرضٌ» نَظَرْتَ، فإن قبِله ربُّ المال فلا كلام، وإن أبىٰ، فهل للعامل بيعُه أم لا ؟ فيه وجهان، **أحدهما:** ليس عليه بيعه؛ لأنه إنما يباع لحق العامل، وأن يبين قسطه من الربح، فإذا ترك حقه قبل منه، **والثاني:** يجبر علىٰ البيع ليرد إلىٰ ربِّ المال رأس ماله كالذي كان.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ مَاتَ رَبُّ الْمَالِ صَارَ لِوَارِثِهِ، فَإِنْ رَضِيَ تَرَكَ الْمُقَارِضَ عَلَى قِرَاضِهِ، وَإِلَّا انْفَسَخَ قِرَاضُهُ)[1] الفصل إلى آخره.

وهذا كما قال.. إذا مات أحدُ المتقارضين انفسخ القراضُ؛ لأنه من العقود الجائزة، كالوكالة والشركة، ولا يخلو أن يكونَ الميتُ ربَّ المال أو العامل، فإن كان ربَّ المال انتقل مالُ القِراضِ إلىٰ وارثه، ثم لا يخلو المالُ من أن يكونَ ناضًّا أو عرضًا.

فإن كان ناضًّا، فلا يخلو من أن يكونَ قبل التصرف أو بعده، فإن كان قبله أخذه الوارث بحاله، وإن كان بعده ولم يكن فيه ربحٌ أخذه أيضًا، وإن

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢١).

كان فيه ربحٌ كان بين العامل وربِّ المال[١] علىٰ ما شرطا.

وإن كان المالُ عرضًا كان للعامل البيعُ، سواء كان في المال ربحٌ أو لم يكن؛ لأن انفساخَ العقد بالموت ليس بأكبر من فسخه بالفسخ، ولو فسخ ربُّ المال القِراضَ كان للعامل البيع، فأن يكونَ له البيع ها هنا أولىٰ.

فإن كان المالُ دينًا فعلىٰ العامل القبض، علىٰ ما قلناه في الفسخ.

وإن كان المالُ عرضًا، فقال لوارث ربِّ المال: «خذه»، فإن رضي فلا كلام، وإن أبىٰ فهل يجبر العامل علىٰ البيع أم لا ؟ فيه وجهان علىٰ ما مضىٰ في الفسخ.

هذا كلُّه إذا اختار الوارثُ المقامَ على الفسخ، فأما إن اختار الوارثُ إقرارَ العامل علىٰ القِراضِ نَظَرْتَ، فإن كان علىٰ ربِّ المال دينٌ لم يجز، وإن لم يكن عليه دينٌ لم يخْلُ من أن يكونَ المال ناضًّا أو عرضًا.

فإن كان ناضًّا ولا ربح فيه استأنف القراضَ؛ لأنه استئناف قراضٍ علىٰ ثمنٍ، وإن كان فيه ربحٌ كان شريكًا فيه، ويصح أن يقارضه علىٰ سهمه منه؛ لأن القِراضَ علىٰ مالٍ مشاعٍ يجوز، كما لو كان بينه وبين غيره ألفان، فقارضه علىٰ سهمه منها مشاعًا، كذلك ها هنا.

فإن كان المالُ عروضًا، فأراد إعادة القِراضِ عليه، فهل يصح أم لا ؟ ظاهرُ المذهب أنه جائزٌ؛ لأن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ قال[٢]: فإن رضي الوارث ترك المقارض علىٰ قراضه، وإلا فقد انفسخ القراضُ.

---

(١) في (ف): «الملك».

(٢) الأم (٤/ ٥٦).

واختلف أصحابُنا فيه على وجهين:

فقال أبو إسحاق: يجوزُ ذلك؛ لأنه إنما لا يجوزُ استئناف قراضٍ علىٰ عروضٍ علىٰ وجه الابتداء، وها هنا قام الوارثُ مقامَ موروثه، فكأنه استصحب العقد.

ومِن أصحابِنا مَن قال: لا يصحُّ إعادته؛ لأنه استئناف قراضٍ علىٰ عروضٍ، فأشبه إذا كان الفسخ بغير الموت.

قال هذا القائل: وقول الشافعي[1] رَحِمَهُ اللَّهُ جاز ذلك، يعني إذا كان المال ناضًّا.

وقولُه: (ترك المقارض علىٰ قراضه، وإلا فقد انفسخ القراضُ)، يعني وإلا فقد استدام الفسخ، فكلُّ موضعٍ قلنا لا يجوزُ إعادته، أو قلنا يجوز، فلم يختاروا إعادته؛ كان الحُكْمُ في بيع العروض علىٰ ما مضىٰ.

وهذا الكلامُ فيه إذا مات ربُّ المال، فأما إذا مات العاملُ لم يخْلُ من أن يكونَ المال ناضًّا أو عرضًا.

فإن كان ناضًّا، وكان قبل التصرف أخذه ربُّه، وإن كان بعد التصرف ولا ربح فيه أخذه أيضًا، وإن كان فيه ربحٌ، فهو بينهما علىٰ ما شرطا، وإن كان المال عرضًا لم يكن لورثة العامل البيع؛ لأن ربَّ المال ما رضي باجتهاد الوارث ولا بتصرفه، ويفارقُ هذا إذا مات ربُّ المال؛ لأنه قد بقي من رضي باجتهاده وتصرفه - وهو العامل - فذلك كان له البيع.

إذا ثبت هذا، فإنه يُرفع إلىٰ الحاكم لينصب من يبيعه، فإن كان في المال فضلٌ كان بينهما، وإلا أخذ ربُّ المال رأسَ ماله وانصرف.

---

(١) الأم (٤/ ٥٦).

فإن اختار ربُّ المال أن يستأنف القِراضَ مع وارث العامل نظرت، فإن كان المال ناضًّا صح ذلك، سواء كان فيه فضلٌ أو لم يكن، وإن كان عروضًا لم يجز إعادة عقد القِراضِ بلا خلاف.

أما من قال إذا مات ربُّ المال لم يجز لوارثه أن يستأنف القِراضَ مع العامل، فها هنا أولىٰ أن يمنع، ومن قال هناك يجوز، قال ها هنا لا يجوزُ.

والفرقُ بينهما أن عمل العامل قد هلك ها هنا، وتعذر بموته ذاك العمل، فلهذا لم يصح، وليس كذلك في تلك المسألة؛ لأن عمل العامل قائمٌ بحاله لم يهلك، فإن من كان يتصرف باقٍ، فلهذا جاز استئناف القِراضِ معه، والله أعلم.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (فَإِنْ قَارَضَ الْعَامِلُ بِالْمَالِ آخَرَ بِغَيْرِ إِذْنِ صَاحِبِهِ، فَهُوَ ضَامِنٌ، فَإِنْ رَبِحَ فَلِصَاحِبِ الْمَالِ شَطْرُ الرِّبْحِ، ثُمَّ يَكُونُ لِلَّذِي عَمِلَ شَطْرُ ما بقي) قال المزني: (هَذَا قَوْلٌ قَدِيمٌ، وَأَصْلُ قَوْلِهِ الْجَدِيدِ الْمَعْرُوفِ: أَنَّ كُلَّ عَقْدٍ فَاسِدٍ لا يجوز، حتَّى يُبْتَدَأَ بِمَا يَصِحُّ)[1].

وهذا كما قال.. إذا دفع إلىٰ رجلٍ مالًا قراضًا، وقارض العاملُ بالمال عاملًا آخر لم يخْلُ من أن يكونَ بإذن ربِّ المال أو بغير إذنه.

فإن كان بإذنه، مثل أن يقول له: «خُذْه قراضًا، فإذا اخترتَ فتصرف، وإلا فقارض عني عاملًا آخر»، ففعل؛ صح؛ لأنه توكيلٌ في قراضٍ، فأشبه إذا دفع إليه ابتداءً ألفًا، فقال: «قارض عني بها عاملًا».

فإذا ثبت أنه يصح، نُظِرَ في شرط العامل الأول، فإن قال للثاني: «علىٰ أن

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢١).

ما رزق الله من ربحٍ كان بينك وبين ربِّ المال نصفين» صح ذلك، وكذلك إذا قال «ثلثين» و«ثُلثًا»، ونحوه، فأما إن قال: «علىٰ أن ما رزق الله من ربحٍ كان بيني وبينك وبين ربِّ المال أثلاثًا» فالقِراضُ فاسدٌ؛ لأن الربح يستحق في القِراضِ بالمال أو بالعمل، وليس للمقارض الأول واحدٌ منهما، فكان فاسدًا، ويكون الربحُ كلُّه لصاحب المال، وللعامل الثاني أجرة مثله، وليست مسألة الكتاب.

ومسألةُ الكتاب، إذا دفع إليه مالًا علىٰ أن ما رزق الله مِن ربحٍ كان بينهما نصفين، فقارض العاملُ عاملًا آخر بغير إذن ربِّ المال، فقال للعامل الثاني: «خُذْه قراضًا علىٰ أن ما رزق الله من ربحٍ كان بيني وبينك نصفين» كان فاسدًا؛ لأنه تصرف في مال غيرٍ بغير إذنه، فإن عمل الثاني وربح، فإن المزني نقل أنه يكون لربِّ المال نصف الربح، وما بقي من الربح يكون بين العامل الأول والثاني نصفين، ثم قال: «هذا قولٌ قديمٌ، وأصل قوله في الجديد المعروف أن الربح كله للعامل الأول، وللثاني أجرة مثله».

وهذه المسألة مبنيةٌ على أصلٍ فنتكلم عليه ثم نعود إليها فنبين كيف البناء على ذلك الأصل، وذلك الأصل: إذا غصب مالًا فتصرف فيه واتَّجَر وربح، أو كان عنده وديعةٌ فتعدىٰ فيها واتَّجَر وربح لمن يكون الربح؟ فيها قولان:

كان في القديم يقول: الربحُ كلُّه لربِّ المال؛ لأنا لو جعلنا الربحَ كلَّه للغاصب والمودَع صار ذريعةً إلىٰ غصب المال والتجارة فيها والتعدي في الأمانات والودائع، فجعلنا الربح كلَّه لربِّ المال حفظًا للأموال وصيانةً لها، وهذا قولٌ فاسدٌ.

والقول الثاني - قاله في الجديد وهو الصحيح - أن الربحَ كلَّه للغاصب، لا حقَّ لربِّ المال فيه؛ لأنه لا يخلو أن يكونَ تصرفه في العين أو في الذمة،

فإن كان في العين بطل العقدُ ولا ربح، وإن كان في الذِّمة ملك المشتري العين ووجب ثمنها في ذمته، فإذا دفع الثمن من مال العين فإنما قضىٰ دينه به، والمبيع له، فما كان من ربحٍ فهو ربحٌ ملكه لا حق لغيره فيه.

ويفارقُ هذا ما قالوه من الذريعة؛ لأن حسم هذا، والمنع من غصب الأول، والتعدي في الودائع بما يرتكبه من المعصية ويخافه من الإثم، فإنه يأثم بالتعدي ويضمن ذلك لا غير.

ألا ترىٰ أن القولَ قولُ المودَع في رد الوديعة، ولم يقل أحدٌ لا يكون القولُ قولَه، لئلا يكون ذريعةً إلىٰ ادعاء ردها علىٰ أربابها، بل حفظ ذلك بالدِّين وخوف الإثم، كذلك ها هنا.

واختلف أصحابُنا في قوله القديم علىٰ ماذا بناه؛ فقال شيوخُنا الخراسانيةُ مثل القفال وغيره: بناه علىٰ أن البيعَ الموقوفَ يصح عنده، فإن له في بيع الموقوف قولين؛ أحدهما: يصح، كقول أبي حنيفة، والثاني: باطلٌ، فإذا قلنا يصح، كان الربحُ كلُّه لربِّ المال، وقال أبو العباس وأبو إسحاق: لم يختلف قول الشافعي أن البيعَ الموقوفَ باطلٌ، والشافعي قد ذكر في القديم ما بنىٰ هذا عليه، فإنه علل أن هذا مصلحةٌ وحفظٌ للأموال.

ويؤيد هذا أن الشافعيَّ لم يفصِّلْ بين أن يكونَ التصرفُ في العين أو في الذمة، وإنما يتصور الموقوف إذا كان التصرف بعين المال، فأما إذا كان في الذمة فلا يقف شيءٌ بحال.

إذا ثبت أن الشافعيَّ إنما بناه علىٰ هذا الأصل، فإن ربح الغاصب ومن خان في الوديعة علىٰ قولين، وبنىٰ هذه المسألة علىٰ هذا الأصل، فإذا قارض العاملُ عاملًا آخر لم يصح؛ لأنه تصرف في مال الغير بغير أمره، فإذا كان عالمًا فهو متعدٍّ آثمٌ، وإن كان جاهلًا فلا إثم عليه، وهو متعدٍّ.

فإذا تصرف وظهر في المال ربحٌ، فإن قلنا بقوله القديم وأن الربحَ كلَّه لربِّ المال، فإن المزني نقل أن لربِّ المال نصفَ الربح، والباقي بين العامل الأول والثاني نصفين.

واختلف أصحابُنا في هذا، فمنهُم مَن قال: ما نقله المزني صحيحٌ؛ لأن ربَّ المال شَرَطَ أن يكونَ له من الربح النصف ورضي به، وأن يكونَ نصف الربح للعامل، وقد حصل له ما شرط، فلا شيء له سواه، ويفارقُ هذا ربح الغاصب؛ لأن ربَّ المال ما رضي بتصرفه ولا شرط لأحدٍ ربحًا، فلهذا كان كلُّ الربح له، فإذا كان له نصفُ الربح كان النصفُ الباقي بين العامل الأول والثاني نصفين؛ لأنه قال: «علىٰ أن ما رزق الله من ربحٍ كان بيننا نصفين»، وهذا هو القدر الذي رزق الله؛ لأن ما أخذه ربُّ المال بمنزلة المعدوم التالف، فكان كأنه لا ربح فيه سوىٰ هذا النصف، فكان بينهما، ولا شيء للعامل الثاني علىٰ الأول؛ لأنه قد حصل له المسمىٰ المشروط.

ومنهُم مَن قال: يجب - علىٰ ما قاله المزني - لربِّ المال النصف، والباقي بين العامل الأول والثاني نصفين، ولكن يرجع العامل الثاني علىٰ العامل الأول بنصف أجرة مثله علىٰ المال؛ لأنه دخل علىٰ أن يسلم له نصف الربح من كلِّ المال، فسلم له الربع، فكان له أجرة مثله في مقابلة ما لم يسلم له، كما قلنا فيه إذا كان القِراضُ فاسدًا لم يكن للعامل شيءٌ من الربح، ويكون له أجرة مثله؛ لأن المسمىٰ ما سلم له، كذلك ها هنا، يكون له حقه مما سلم، وأجرة مثله مما لم يسلم له.

وأما علىٰ قوله الأول فإن الربح كله للغاصب، وعلىٰ هذا فرَّع المزني، فقال: الربحُ كلُّه للعامل الأول، وللعامل الثاني أجرةُ مثله علىٰ العامل الأول.

واختلف أصحابُنا في ذلك على طريقين:

منهم من قال: غَلِطَ المزني في التفريع، بل الربحُ كله للعامل الثاني، لا شيء لغيره فيه؛ لأنه هو المتعدي بالتصرف، فكان كلُّ الربح له، كما قلنا في ربح الغاصب.

ومنهُم مَن صوَّب المزني، وقال: الربحُ كلُّه للعامل الأول؛ لأن الثاني وإن كان متعديًا فإنه نوىٰ الشراء للعامل الأول، وإن كان الملك له، فوجب أن يكونَ الربح لمن انتقل الملك إليه، ويفارق الغاصبَ؛ لأنه نوىٰ الشراء لنفسه، فكان الملك له لا غير، وللعامل الثاني علىٰ الأول أجرةُ مثله[1]؛ لأنه عمل في قراضٍ فاسدٍ.

هذا الكلامُ في الربح، فأما الكلامُ في الضمان، فعلىٰ الأول الضمانُ؛ لأنه تعدىٰ، وعلىٰ الثاني أيضًا الضمانُ؛ لأنه قبض علىٰ يد ضامنه، ولربِّ المال مطالبةُ من شاء منهما، فإن كان المال قائمًا استرده، ولا كلام، وإن كان تالفًا، فإن ضمن الأول لم يرجع الأول علىٰ الثاني؛ لأنه يقول له: «دخلت علىٰ أنه أمانةٌ في يديك، ولا ضمان عليك » وإن ضمن الثاني، فهل للثاني أن يرجع علىٰ الأول أم لا ؟ علىٰ قولين، **أحدهما**: يرجع عليه؛ لأنه غرَّه، **والثاني**: لا يرجع عليه؛ لأن التلف كان في يديه، واستقر الضمان عليه، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ ﷺ: (وَإِذَا حَالَ عَلَى سِلْعَةٍ فِي القِرَاضِ حَوْلٌ وَفِيهَا رِبْحٌ فَفِيهَا قَوْلَانِ)[2] الفصل إلى آخره.

---

(١) زاد في (ص): «علىٰ الأول» ! وهي زيادة فاسدة، وليست في (ف)، (ق).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢١- ٢٢٢).

وهذا كما قال.. إذا دفع إليه ألفًا قراضًا علىٰ أن ما رزق اللهُ من ربحٍ كان بينهما نصفين؛ كان حولُ الفائدة حولَ الأصل؛ لأن الفائدة هكذا حكمها بالسخال، فإنه إذا كان له أربعون شاةً، فتناتجت كان حولُ السِّخال حولَ الأصل، فإذا حال حولُ الأصل وجبت الزكاة في الكل، ولكن علىٰ من تجب، في ذلك قولان، **أحدهما**: زكاة الكل علىٰ ربِّ المال، واختاره المزني، **والثاني**: علىٰ ربِّ المال زكاة الأصل وزكاة حصته من الربح، وعلىٰ العامل زكاة حصته من الربح، وبه قال أهل العراق، وهو الأصح.

وأصلُ المسألة، متىٰ يملك العاملُ حصتَه من الربح، فإنه علىٰ قولين، **أحدهما**: يملكُ حصته بظهور الربح، **والثاني**: يملِكُها بالمقاسمة والمفاصلة، ولا ملك له قبل ذلك.

فإذا قلنا زكاة الكل علىٰ ربِّ المال فالدليل عليه، قال المزني: «من ملك الشيء زائدًا ملكه ناقصًا، كالشريكين»، وأجمعنا علىٰ أن العامل إذا نقص المال حتىٰ لا يكون فيه ربحٌ لم يملك شيئًا منه، فكذلك إذا زاد.

قال: ولأن الربحَ وقايةٌ لمال ربِّ المال، بدليل أنه متىٰ كان في المال نقصٌ جُبِر بالربح، فإذا كان وقايةً له كانت زكاتُه علىٰ من وقىٰ ماله به، ولأن القِراضَ يقع صحيحًا وفاسدًا، فإذا كان صحيحًا كان للعامل ما شرط له إن كان في المال ربحٌ، ولا شيء له إن لم يكن في المال ربحٌ، وإن كان فاسدًا كان له أجرة مثله سواء كان فيه ربحٌ أو لا ربح فيه، فثبت أن ما يجب له في القِراضِ الفاسِدِ أقوىٰ وآكد مما يجب له في الصحيح، ثم ثبت أنه لا زكاة عليه فيما ملكه في الفاسد، فبأن لا يجب عليه فيما ملكه في الصحيح أولىٰ.

قال: ولأن هذا المال مترددٌ بين أن يسلم للعامل أو لا يسلم له، فإنه إن سلم كان له، وإن هلك فلا شيء له، وإذا تردد بين أن يسلم وبين أن لا يسلم

أوجب أن لا تجبَ الزكاة فيه، كمال المكاتب، وإذا قلنا علىٰ العامل زكاة حصته، وأنها يملكُها بالظهور، فوجهُهُ أن هذا عقدٌ علىٰ عينٍ ببعض نمائها، فوجب أن يملك المستحق من النماء بالظهور، كالمساقاة، ولأنه لا خلاف أن للعامل مطالبة ربِّ المال بالمقاسمة إذا نضَّ المال وفيه ربحٌ، فوجب أن يكونَ شريكًا فيه.

وتحريرُهُ كلُّ من ملك مطالبة غيره بقسمة ماله بينه وبين شريكه؛ وجب أن تكونَ الزكاة عليه، كالمال بين الشريكين، فلا يدخل عليه إذا نضَّ مالُ المفلس، فإن الغرماء لا يطالبون بالمقاسمة، وإنما يملكون المطالبة بتفرقته بينهم بالحصص.

والدليلُ علىٰ أنه لا تجبُ زكاةُ الكل علىٰ ربِّ المال هو أن ربَّ المال يقول حصة العامل مترددةٌ بين أن يسلم، فيكون له، وبين أن لا يسلم، فلا يكون له ولا لي، فكيف يلزمني زكاة مالٍ لا يكون لي بحالٍ؟

فأما الجوابُ عن قول المزني «من ملك الشيء زائدًا ملكه ناقصًا، كالشريكين»، فهو أن المعنىٰ في الشريكين أنهما دخلا علىٰ هذا، فلهذا ملكاه زائدًا وناقصًا، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن العاملَ دخل علىٰ أنه يملك زائدًا ولا يملك ناقصًا، فكان علىٰ ما دخل عليه، وقد يكونُ الشيء يملك الزيادة دون النقصان، ألا ترىٰ أنه لو أوصىٰ بثلث ماله لرجلٍ، وما بقي بعد الثلث فلفلان منه ألف درهم، كان له الثلث الذي أوصىٰ له به، وما زاد علىٰ الثلث يكون للآخر منه ألف درهم، ولو لم يزد علىٰ الثلث شيءٌ لم يكن لصاحب الألف شيءٌ، فهو يملك في الزيادة ولا يملك في النقصان، كذلك في مسألتنا.

ويبطلُ أيضًا ما ذكره بحصة صاحب المال من الربح، فإنه يملكُها زائدًا ولا يملكُها ناقصًا؛ لأنه متىٰ ذهب الربحُ كلُّه لم يكن لربِّ المال غير رأس

ماله، فهو يملكُ الربح زائدًا، ولا ربح له إذا كان ناقصًا، ولو كان علىٰ ما قال المزني، لوجب - إذا ذهب الربحُ الذي هو نصيبُ ربِّ المال- أن الذاهب يكون منه ومن أصل المال، كما لو ملك مالًا من جهتين - ألفًا من إرثٍ وألفًا من هبةٍ - فخلطهما وذهب شيءٌ كان الذاهب منهما.

فلما ثبت في مسألتنا أن الذاهب من الربح ثبت أنه ملك حصته زائدًا، ولم يملكه ناقصًا.

وأما الجوابُ عن قوله إن الربح وقايةٌ لمال ربِّ المال، فهو باطلٌ بالرهن، فإنه وقايةٌ لمال المرتهن، ومع هذا فالزكاة علىٰ غيره، وهو الراهن.

وأما الجوابُ عما قال من الأجرة في القِراضِ الفاسد، فهو أن الأجرة دينٌ للعامل في ذمة ربِّ المال، والزكاة تجب عليه فيها - علىٰ قوله الجديد - لأنه[1] دينٌ، فلا نسلِّم ما ذكره.

وأما الجوابُ عن قوله إن هذا المال مترددٌ بين أن يسلم له وبين أن لا يسلم له، فهو كمال المكاتب في أن الزكاة لا تجب فيه، فهو أن المكاتب منقوضٌ بالرق، فلهذا لم تجب الزكاة في ماله، لا بكونه مترددًا بين أن يسلم وبين أن لا يسلم له بدليل أن مَن نصفُه حرٌّ ونصفُه عبدٌ يملك بما فيه من الحرية ملكًا مستقرًّا يورث عنه - علىٰ أحد القولين - والزكاة لا تجب في ماله، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنه كامل الحرية، فلهذا أوجبنا الزكاة عليه.

واحتج المزني[2] أيضًا بثلاثة فصولٍ، فقال: «قد قال الشافِعِيُّ إذا اشترىٰ العاملُ أباه لم يعتق عليه، سواء كان في المال ربحٌ أو لم يكن فيه ربحٌ، فلو كان قد ملك حصته بالظهور لوجب أن يعتق نصيبه منه».

---

(١) في (ف): «لأنها».

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٢).

والجوابُ أن الشافعيَّ إنما أجاب بذلك علىٰ القول الذي يقول: «لا يملك حصته بالظهور»، وأما علىٰ القول الآخر، فقد قلنا إن المسألة علىٰ وجهين، **أحدهما**: يعتق، فعلىٰ هذا لا كلام، **والثاني**: لا يعتق، فعلىٰ هذا إنما لم يعتق لأن ملكه ما استقر عليه، لتعلق حق الغير به.

الفصل الثاني، قال: «من ملك الشيء زائدًا ملكه ناقصًا»، وهذا قد أجبنا عنه.

الفصل الثالث قال في جامعه الكبير: لو قلنا يملكُ العاملُ حصته بالظهور أفضىٰ إلىٰ بطلان القراضِ، فلأنه إذا كان رأسُ المال ألفًا، فربح ألفًا ملك العامل خمسمائة، ورب المال ألفًا وخمسمائة، فإذا ربح بعد ذلك يجب أن يكونَ للعامل ربح حصته ينفرد به، وربحُ الألف وخمسمائة بينه وبين ربِّ المال، وإنما دخل علىٰ أن له نصف الربح، فتناقض ذلك فيبطل القراضُ.

والجوابُ: أنه لا يفضي إلىٰ هذا؛ لأنه إنما دخل علىٰ أن الذي له من الربح النصف من كل ربحٍ يحصلُ في القراضِ، وكلُّ ربحٍ يحصل فيه فإنما هو ملكٌ زاد علىٰ رأس المال، لا شيء له سواه، وإذا صح ذلك ثبت ما قلناه، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

قد مضى الكلامُ في زكاة القراضِ، فأما إذا سلَّم إليه نخلًا أو كرْمًا مساقاةً، فأثمرتْ وبدا الصلاحُ فيها، ووجبت فيها الزكاة، فعلىٰ من تجب الزكاة ؟

اختلف أصحابُنا في ذلك علىٰ طريقين، منهُم مَن قال فيه قولان، كالقِراضِ سواء؛ لأنه عملٌ علىٰ أصلٍ يشتركان في نمائه، ومنهُم مَن قال الزكاة بينهما بالحصص قولًا واحدًا، وهو المذهب.

والفرقُ بينهما هو أن الربح إذا ذهب في القِراضِ فعلىٰ قولين، **أحدهما**: لا يملك العاملُ حصته، فعلىٰ ذلك زكاةُ الكلِّ علىٰ ربِّ المال، **والثاني**: يملكُ بالظهور، ولكنه وقايةٌ لمال ربِّ المال، فلا زكاة عليه، لما هو وقايةٌ لملك غيره، وليس كذلك في المساقاة؛ لأن الثمرة إذا ظهرتْ تكون بينهما، فإن هلك بعضُها كان الباقي بينهما ولو بقي رطبة واحدة، ولا يكون وقايةً لأصل المال، فلهذا كانت الزكاةُ بالحصص.

فروع لأبي العباس على كتاب أبي ثور

إذا قال له «خُذْ هذه الألفَ قراضًا علىٰ النصف» أو «علىٰ الثلث» أو «علىٰ الثلثين»، أي شيءٍ قال من هذا صح القراضُ؛ لأن قوله «خُذْه قراضًا»، اقتضىٰ إطلاقُه أن من ربِّ المال المال، ومن العامل العمل، وأن الربح بينهما، فإذا قال: «علىٰ النصف»، كان ذلك تقديرًا لقسط العامل، فصح، فإذا صح كان ما شرط للعامل؛ لأن إطلاق العمل يقتضي أن الربح كله لربِّ المال، وإنما يستحق العاملُ بالعمل والشرط، فإذا ذكر الشرط كان له، والباقي لربِّ المال، فإن اختلفا فقال العامل: «قولُك علىٰ النصف، أردت لي، فالقِراضُ صحيحٌ»، وقال ربُّ المال: «بل شرطتُه لنفسي، فالقِراضُ فاسدٌ» فالقولُ قولُ العامل؛ لأن ظاهر الشرط أنه له، فلا يُقبل منه أنه لغيره.

فرع

إذا قال: «خُذْه قراضًا، علىٰ أن الربح بيننا» كان قراضًا صحيحًا، وقولُه «بيننا» يقتضي نصفين؛ لأن من قال «هذه الدار بيننا» كانت نصفين، كذلك ههنا.

فرع

إذا قال: «خُذْه فاعمل» يصلح للقراض وللقرض والبضاعة، فإذا عقَّبه بقوله: «علىٰ أن الربح بيننا» أخلصته هذه القرينة للقراض، فلهذا كان قراضًا.

فرع

إذا قال: «خُذْه قراضًا، علىٰ أن الربح كله لك»، فهو قرضٌ فاسدٌ - وبه قال أبو حنيفة - لأن قوله «قراضًا» يقتضي المشاركة في الربح، فإذا شرطه كله كان شرطًا نافىٰ موجبه، فبطل.

فإذا قال: «خذه قراضًا، علىٰ أن الربح كله لي» كان أيضًا قراضًا فاسدًا، وقال أبو حنيفة: يكون بضاعةً، فينفرد ربُّ المال بالربح، ولا شيء للعامل؛ لأنه دخل متطوعًا.

وهذا غلطٌ؛ لأن قوله «قراضًا» يقتضي الاشتراكَ في الربح، فإذا شرطه كله لنفسه، فهو شرطٌ ينافي مقتضىٰ القراضِ، فلم يصح، كما لو قال: «علىٰ أن الربح كله لك».

فإذا قال: «خُذْه فاعمل به، علىٰ أن الربحَ كلَّه لك»، ولم يقل «قراضًا» كان قراضًا؛ لأن قوله «خُذْه فاعمل به» يصلحُ للقراض وللقرض والبضاعة، فإذا عقَّبه «بأن الربح كله لك» كان قراضًا؛ لأن هذه القرينة أخلصته للقرض.

فإن قال: «خذه فاعمل به، علىٰ أن ما رزق اللهُ من ربحٍ كان لي» فإنه يكون بضاعةً؛ لأن هذا القولَ الأخيرَ أخلصه للبضاعة، فيكون الربحُ كلُّه لربِّ المال، ولا شيء للعامل؛ لأنه دخل فيه للمعاونة تطوعًا.

وجملتُه أن أبا العباس بنىٰ هذه المسائل علىٰ أصلٍ، وهو أن كلَّ لفظٍ - كان صريحًا في عقدٍ - إذا قرنه بما ينافي مقتضاه؛ بطل بذلك، وأما إذا كان اللفظُ محتملًا، فقرنه بما يصرفه عن الاحتمال إلىٰ جهةٍ تخصه صَحَّ، وحُمِلَ علىٰ الجهة التي خُصَّ بها، والله أعلم.

تفريع المزني رَحِمَهُ اللهُ

◆ قال المزني رَحِمَهُ اللهُ: (هَذِهِ مَسَائِلُ أَجَبْتُ فِيهَا عَلَى مَعْنَى قَوْلِهِ وَقِيَاسِهِ، وَباللهِ التَّوْفِيقُ)(١).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال المزني رَحِمَهُ اللهُ: (مِنْ ذَلِكَ إِذَا دَفَعَ إِلَيْهِ أَلْفَ دِرْهَمٍ، فَقَالَ: خُذْهَا، فَاشْتَرِ بِهَا هَرَوِيًّا أَوْ مَرَوِيًّا بِالنِّصْفِ؛ كَانَ فَاسِدًا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُبَيِّنْ، فَإِنِ اشْتَرَى فَجَائِزٌ، وَلَهُ أَجْرَةُ مِثْلِهِ، وَإِنْ بَاعَ فَبَاطِلٌ؛ لأن الْبَيْعَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ)(٢).

وهذا كما قال.. إذا دفع إلىٰ رجل ألفًا، وقال له «اشتَرِ بها هَرويًّا أو مَرْويًّا بالنصف»، قال المزني: «كان فاسدًا» وأجمع أصحابُنا علىٰ أنه قراضٌ، واختلفوا في تعليله:

فقال أبو إسحاق: العلةُ ما ذكرها المزني، وهو أنه لم يبين بقوله «بالنصف» هل النصف له أو للعامل، فلذلك فسد القراضُ.

وقال أبو العباس: ما فسد لهذا، وإنما فسد لمعنىٰ آخر، وهو أن القِراضَ يقتضي أن يملك العاملُ الشراءَ والبيع، إما بأن يقول له «خُذْه قراضًا»، أو بأن ينص عليه فيقول «خُذْه واشتر وبع»، وها هنا ما جعل إليه غير الشراء، فكان ذلك توكيلًا فاسدًا في الشراء.

وإنما فسد التوكيلُ لأنه شرط له أجرةً مجهولةً وهي نصفُ الربح، فأما قولُه «بالنصف» فلا يفسد القراضُ؛ لأن إطلاقه ينصرف إلىٰ أنه للعامل، فإن

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٢).
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٢).

ربَّ المال لا يستحق الربح بالشرط؛ لأنه ربح ماله.

والذي يدلُّ علىٰ فساد قول أبي إسحاق قول المزني[١]: «فإن اشترىٰ فجائز، وإن باع فباطلٌ؛ لأن البيع بغير إذنه».

ومِن أصحابِنا مَن قال: إنما فسد لأنه شرط التجارة فيما لا يعمُّ وجودُه - وهو الهروي والمروي -: وغلط في ذلك؛ لأن هذين الجنسين مما يعمُّ وجوده.

إذا ثبت هذا، فإن الشراء يكون صحيحًا؛ لأن الإذن به باقٍ - كما قلنا في الوكالة الفاسدة - وليس له البيع لأنه لم يأذن له فيه، فإن فعل فالبيع باطلٌ، ويستحق أجرة مثله بالشراء - سواء كان في المال ربحٌ أو لا ربح فيه - لأنه عملٌ في قراضٍ فاسدٍ، والربحُ كلُّه لربِّ المال، ولا يستحقُّ العاملُ المسمىٰ؛ لأن الشرط باطلٌ، فلما لم يسلم له المسمىٰ وجب له أجرة المثل، ولأنه بذل منافعه ليحصل له المسمىٰ، فإذا لم يحصل له المسمىٰ وجب ردُّ منافعه عليه - وذلك فائتٌ - فكان له بدلُه، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال ﷺ: (فَإِنْ قَالَ خُذْهَا قِرَاضًا أَوْ مُضَارَبَةً عَلَى مَا شَرَطَ فُلَانٌ مِنْ الرِّبْحِ لِفُلَانٍ، فَإِنْ عَلِمَاه، فَجَائِزٌ، وَإِنْ جَهِلَاهُ أَوْ أَحَدُهُمَا؛ فَفَاسِدٌ)[٢].

وهذا كما قال.. إذا قال «خُذْه قراضًا، علىٰ أن ما رزق الله من ربحٍ كان لك منه مثلُ ما شرط فلانٌ لفلانٍ»؛ نُظر، فإن كانا يعلمان مبلغ ذلك صح؛ لأنه بمنزلة تصريحهما به، فلا فرق بين التصريح به والكناية عنه، كما قال

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٢).
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٢).

الشافِعِيُّ في الصلح «لو قال صالحتُك علىٰ المال الذي عندك، صح إذا كانا يعلمانه»، وأما إذا جهلاه أو أحدُهما فإن القِراضَ فاسدٌ؛ لأنه قراضٌ علىٰ قسطٍ مجهولٍ للعامل، فهو كالبيع بثمنٍ مجهولٍ عندهما أو عند أحدهما.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال: (ولو قَارَضَهُ بِأَلْفٍ عَلَى أَنَّ ثُلُثَ رِبْحِهَا لِلْعَامِلِ، وَمَا بَقِيَ مِنْ الرِّبْحِ وثُلُثُهُ لربِّ الْمَالِ، وَثُلُثَاهُ لِلْعَامِلِ، فَجَائِزٌ)[١].

وهذا كما قال.. إذا قال: «خُذْه قراضًا، علىٰ أن ما رزق الله من ربحٍ فلك ثلثه، والثلثان أيضًا مما بقي»، صح؛ لأن هذا عبارة عن أنه جعل له من الربح سبعة أتساعه؛ لأن أقل مالٍ له ثلثٌ ولثلثه ثلثان صحيحان تسعة، فقد جعل له ثلث التسعة، وثلثي الستة الباقية - وهو أربعة - يصير له سبعة من تسعةٍ، فلهذا صح.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال: (وَلو قَارَضَهُ عَلَى دَنَانِيرَ، فَحَصَلَ فِي يَدَيْهِ دَرَاهِمُ، أَوْ عَلَى دَرَاهِمَ، فَحَصَلَ فِي يَدَيْهِ دَنَانِيرُ، فَلَهُ بَيْعُ مَا حَصَلَ حَتَّى يَصِيرَ مِثْلَ مَا لربِّ الْمَالِ فِي قِيَاسِه)[٢].

وهذا كما قال.. إذا تصرف العامل، وحصل في المال فضلٌ، وطالب بالمقاسمة - والحاصلُ في يده من غير جنس رأس المال - فإن اختار ربُّ المال أن يأخذ منه بقيمة ماله كان له ذلك، والباقي بينهما، وإن قال: «لا آخذ إلا من جنس رأس المال» فعلىٰ العامل أن يبيع من الموجود بقدر رأس

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٢).
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٢).

المال ويرده إليه، والباقي بينهما، هذا إذا كان ناضًّا.

فأما إن كان عرضًا، فإن رضي ربُّ المال أن يأخذ منه بقيمة رأس ماله كان له، وإلا كان علىٰ العامل أن يبيع منه بقدر ذلك، فإن قال العامل فيما فضل: «قد تركتُ حقي منه لربِّ المال»، فهل يلزمه بيعه أم لا؟ فيه وجهان قد تقدم ذكرهما.

وقال بعضُ أصحابنا: هما مبنيان علىٰ القولين في ملك العامل حصته، فإن قلنا يملكهما بالظهور، لم يجب علىٰ ربِّ المال القبول؛ لأن العامل وهب له عين ماله، وإن قلنا لا يملك بالظهور، فعلىٰ ربِّ المال القبول؛ لأن العامل ما ملك، وإنما ملك أن يملك، فإذا ترك حقه لزمه القبول.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال: (فَإِنْ دَفَعَ مَالًا قِرَاضًا فِي مَرَضِهِ وَعَلَيْهِ دُيُونٌ ثُمَّ مَاتَ بَعْدَ أَنْ اشْتَرَى أو بَاعَ وَرَبِحَ أَخَذَ الْعَامِلُ رِبْحَهُ وَاقْتَسَمَ الْغُرَمَاءُ مَا بَقِيَ)[١].

وهذا كما قال.. إذا دفع في مرضه مالًا قراضًا صح؛ لأنه عقدٌ يطلب به الفضل، فأشبه الشراء والبيع، فإن تصرف العامل وربح كان له من الربح ما شرط له - سواء كان بقدر أجرة مثله أو أكثر - وكان ذلك من صُلب ماله، ولا يُعتبر ما زاد علىٰ أجرة مثله من الثلث؛ لأنه إنما يُعتبر من الثلث ما يحابي به ربَّ المال من أصل ماله، وهذه المحاباةُ ليست من أصل ماله؛ لأن الربح إنما يملك بالتقليب.

فإن قيل: هلا قلتم إن ما زاد علىٰ أجرة مثله من الثلث، كما قلتم - فيمن أكرىٰ دارًا وحابىٰ - بأن ما نقص عن أجرة المثل من الثلث ؟

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٢).

قلنا: الفرقُ بينهما أن المنافع ملكه، فلهذا كان ما[١] نَقَصَ من أجرتها من الثلث، وليس كذلك الربح، فإنه ما ملكه بعد، فلهذا كان من صُلب ماله.

فإن قيل: فما قولُكم فيه إذا ساقاه علىٰ نخلٍ، وشرط له من الثمرة أكثر من أجرة مثله ؟

قلنا: فيها وجهان، **أحدهما**: الكلُّ من صلب ماله، كالقِراضِ سواء، **والثاني** - وهو المذهبُ - أن ما زاد علىٰ أجرة مثله من الثلث.

فعلىٰ هذا الفرقُ بينهما أن الثمرة تتولد من عين ماله، وما تولد من عين ماله بمنزلة أصل المال، فلهذا كان من الثلث، وليس كذلك في مسألتنا، فإن الربحَ يُستفاد بالتصرف والتقليب، فلهذا كان من صلب ماله، الذي يوضح هذا أنه لو غصب نخلًا، فأثمرتْ في يده، كانت الثمرةُ لربها، ولو غصب مالًا واتجر به، كان الربح للعامل، والفرقُ بينهما ما ذكرناه.

إذا ثبت أن حصة العامل في القِراضِ تكونُ مِن صُلب ماله، فإذا مات ربُّ المال انفسخ القراضُ، فإن كان علىٰ ربِّ المال دينٌ يستغرقُ رأس ماله وما يخصه من الربح فإن ذلك يُعزل ليقسم بين الغرماء، وتقدم للعامل حصته دون الغرماء.

فإن قيل: هلا قلتم إنه يَضرب بنصيبه مع الغرماء كالدين ؟ **قلنا**: الفرقُ بينهما أن العامل - إن قلنا أنه يملك حصته بالظهور - فهو شريكُ ربِّ المال، والشريكُ لا يَضْرب مع الغرماء، وإن قلنا لا يملك حصته إلا بالمقاسمة فقد تعلق حقُّه بعين المال ومن تعلق حقُّه بالعين كان مقدَّمًا علىٰ من تعلق حقُّه بالعين والذمة، كما قلنا في العبد المرهون إذا جنىٰ: إن الجناية

---

(١) ليست في (ص)، (ف).

يتعلق أرْشُها برقبته، ويكون صاحبُ الجناية مقدَّمًا علىٰ المرتهن؛ لأن حق المرتَهن تعلق بعين العبد وبذمة سيده، وحق صاحب الجناية تعلق بعين العبد دون ذمة سيده، وإذا ثبت هذا صح ما قلناه، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال المزني رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ اشْتَرَى شيئًا، فَقَالَ الْعَامِلُ: اشْتَرَيْتُهُ بمالٍ لنفسي، وَقَالَ رَبُّ الْمَالِ: بَلْ فِي القِرَاضِ بِمَالِي، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ مَعَ يَمِينِهِ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ وَالْآخَرُ مُدَّعٍ فَعَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ، فَإِنْ قَالَ الْعَامِلُ: اشْتَرَيْتُهُ مِنْ مَالِ الْقِرَاضِ، وقَالَ رَبُّ الْمَالِ: بَلْ لِنَفْسِك وَفِيهِ خُسْرَانٌ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْعَامِلِ مَعَ يَمِينِهِ)[١].

وهذا كما قال.. إذا اشترىٰ العاملُ سلعةً، وظهر فيها الربح، فاختلفا، فقال ربُّ المال «اشتريتَه للقراض»، وقال العاملُ «اشتريتُه لنفسي» فالقولُ قولُ العامل.

قال المزني[٢]: لا اختلاف فيما في يده، فكان القولُ قولَه فيه مع يمينه، وقال أبو إسحاق: لأن العامل يتصرف لنفسه تارة وللقراض أخرىٰ، فإنما يبين ذلك بالنية والقصد، فذلك اختلاف في نيته وقصده، وهو أعلم بها من غيره.

فأما إذا كان في السلعة خسرانٌ فاختلفا، فقال ربُّ المال: «اشتريتَه لنفسك»، وقال العاملُ: «بل للقراض» كان القولُ في ذلك قولَ العامل؛ لأنه في يده، ولأنه أعلم بنيته وقصده.

ومِن أصحابِنا مَن قال يجيء فيه قولٌ آخر أن القولَ قولُ ربِّ المال في

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٢).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٢).

ذلك، بناءً علىٰ ما قاله الشافعي من القولين في مسألة الوكيل إذا وكَّله في شراءٍ أو بيعٍ، فاختلف هو والموكل، فقال الوكيل: «اشتريتَه أو بعتَه»، وقال الموكلُ: «ما اشتريتُه بعد وما بعتُه»؛ لأن العامل بمنزلة الوكيل؛ لأنه يتصرف في مال غيره بإذنه.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ الْعَامِلُ: اشْتَرَيْتُ هَذَا الْعَبْدَ بِجَمِيعِ الْأَلْفِ لِلْقِرَاضِ، ثُمَّ اشْتَرَيْتُ هذا الْعَبْدَ الثَّانِيَ بِتِلْكَ الْأَلْفِ قَبْلَ أَنْ أَنْقُدَ، كَانَ الْأَوَّلُ فِي الْقِرَاضِ وَالثَّانِي لِلْعَامِلِ وَعَلَيْهِ الثَّمَنُ)[1].

وهذا كما قال.. إذا قارضه بألفٍ، ثم إنه اشترىٰ عبدًا بجميع الألف، ثم اشترىٰ عبدًا آخر بألف للقراض، نُظِر، فإن كان اشترىٰ الثاني بعين الألف الذي للقراض فالملكُ ملكٌ للبائع، ولا يصح الشراء بملك الغير، وإن كان اشتراه في الذمة فقد استحق البائعُ ذلك الألف بعينه؛ لأن ربَّ المال ما أذن له إلا في ذلك الألف، فليس له أن يطالبه بألفٍ آخر، وإذا صار مستحقًّا وتعلق به حقُّ الغير لم يصح الشراء به، كالمال المرهون لا يجوزُ بيعُه ولا الشراءُ به؛ لأنه تعلق به حقُّ الغير. وإن كان قد اشترىٰ الثاني في الذمة لزمه البيع في حقه، فإن وزن فيه عين ماله فذاك، وإن نقد فيه الألف الذي للقراض كان متعديًا بذلك، فإذا ربح في ذلك العبد فلمن يكون الربح ؟ علىٰ قولين، أحدهما: له، والثاني: لربِّ المال، كما قلنا في ربح الغاصب في المال المغصوب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: (وَإِنْ نَهَى رَبُّ الْمَالِ الْعَامِلَ أَنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ، وَفِي يَدِهِ عَرَضٌ،

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٢).

فَلَهُ بَيْعُهُ، وَإِنْ كَانَ فِي يَدِهِ عَيْنٌ فَاشْتَرَى، فهو مُتَعَدٍّ، وَالثَّمَنُ فِي ذِمَّتِهِ، وَالرِّبْحُ وَالْوَضِيعَةُ عَلَيْهِ)[١].

وهذا كما قال.. إذا فسخ ربُّ المالِ القِراضَ كان له ذلك، وانفسخ القراضُ، ويُنْظر، فإن كان في يده عرضٌ جاز له بيعه، ولم يجز له أن يشتري بثمنه شيئًا، وتقاسما الربح بعد أخذ ربِّ المال رأس ماله، وكذلك إذا كان في يده ناضٌّ لم يجز له أن يشتري به، وأخذ رأس ماله، وتقاسما الربح.

فإن كان المال عرضًا، وطالب ربُّ المال ببيعه فسلَّمه إليه وأسقط حقه، فهل يلزم ربَّ المال أن يقبل ذلك ولا يطالبه بالبيع؟ علىٰ وجهين ذكرناهما.

إذا ثبت أنه لا يشتري شيئًا، فإن خالف فاشترىٰ شيئًا للقراض لم يصح ذلك، فإن كان اشتراه بعين المال كان باطلًا، وإن كان اشتراه في الذمة لزمه ذلك في حقِّ نفسه، فإن نقد فيه من مال القِراضِ كان متعديًا بذلك، والكلامُ في الربح علىٰ ما ذكرنا.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال: (وَلَوْ قَالَ الْعَامِلُ: رَبِحْتُ أَلْفًا، ثُمَّ قَالَ: خِفْتُ نَزْعَ الْمَالِ مِنْ يَدِي، فَكَذَبْتُ، لَزِمَهُ إِقْرَارُهُ وَلَمْ يَنْفَعْهُ رُجُوعُهُ، على قِيَاسِ قَوْلِهِ)[٢].

وهذا كما قال.. إذا قال العاملُ لربِّ المال «ربحتُ ألفًا»، فلما فسخ القِراضَ وطالبه، قال «لم أكن ربحتُ ألفًا وإنما قلتُ لك ذلك لئلا تفسخ القراضَ» لم يُقبل منه قوله؛ لأنه أقر بحقٍّ لازم ثم رجع عنه، فلم يُقبل منه، كما إذا قال «لفلانٍ عليَّ ألف درهم»، ثم قال «غلطتُ » لم يقبل منه.

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٢).
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٢).

وإن قال «كنتُ ربحتُ، ولكن خسرتُ» كان القولُ في ذلك قوله؛ لأنه لا يكذب إقراره وإنما يثبته ويدعي ذهابه - وهو أمين - وهذا كما لو ادعىٰ عليه أنه أودعه، فقال «ما أودعتني»، فأقام عليه البينة بذلك، فقال «أودعتني ولكن كانت الوديعةُ تلفتْ»، لم يُقبل منه ذلك؛ لأنه يكذب نفسه بذلك.

وإن قال لما ادعىٰ عليه الوديعة «ما لك قِبَلي شيء»، ثم قامت البينة عليه بذلك، ثم قال «كنتَ أودعتني غير أنها تلفتْ» كان القولُ قوله مع يمينه؛ لأنه لا يكذب ما تقدم من قوله؛ لأن من كانت عنده وديعةٌ وتلفتْ بغير تفريطٍ منه، فلا شيء عليه لصاحبها، فقد صدق في قوله وإنكاره.

◆ مَسْألةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ اشْتَرَى الْعَامِلُ أَوْ بَاعَ بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ، فَبَاطِلٌ، وَهُوَ لِلْمَالِ ضَامِنٌ)[1].

وهذا كما قال.. إذا تصرف العاملُ وغُبن بما لا يُتغابن بمثله، فباع ما يساوي عشرين بخمسةَ عشَرَ؛ لم يصح ذلك التصرف فيه؛ لأن قدر الغبن محاباةٌ، وهو لا يملك المحاباة في القراضِ، ولأن القِراضَ إنما يُقصد به الربح، وذلك خلافه، فلم يتناوله الإذن، وإذا لم يتناوله الإذن لم يصح.

إذا ثبت هذا، فإنه لا يجوزُ أن يسلم السلعة، فإن كان سلمها - وهي باقيةٌ بعينها - استُرجعت، وإن تلفتْ في يده كان له أن يغرم من يشاء منهما؛ لأنه سلم بغير حق، وذلك يسلم بغير حق.

فإن غرم المشتري غرمه فيمنع القيمة، وإن غرم البائع، فبكم يغرمه ؟ فيه قولان، **أحدهما**: يغرمه جميع القيمة، **والثاني**: القدر الذي غبن فيه بما لا

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٢).

يَتغابن الناسُ بمثله، مثل أن يكونَ يساوي عشرةً، فباع بخمسةٍ - والدرهم يتغابنُ الناس بمثله - غرمه أربعةً؛ لأنها القدر الذي لا يتغابن الناس بمثله، والصحيح هو الأول؛ لأن تعديه في الجميع، ألا ترىٰ أن البيع ما صح في شيءٍ منه، ولا يجوز أن يسلم في شيءٍ منه، والله أعلم.

◆ مَسْألةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ اشْتَرَى فِي القِرَاضِ خَمْرًا أَوْ خِنْزِيرًا أَوْ أُمَّ وَلَدٍ، ودَفَعَ الثَّمَنَ، فَالشِّرَاءُ بَاطِلٌ، وَهُوَ لِلْمَالِ ضَامِنٌ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ)[1].

وهذا كما قال.. إذا اشترىٰ العاملُ للقراض خمرًا أو خنزيرًا، فإن كان مسلمًا لم يصح ذلك؛ لأنه بذل مالًا في مقابلة ما ليس بمالٍ، فهو كما لو اشترىٰ به ميتةً، وهذا لا خلاف فيه، فإن كان ذميًّا فكذلك لا يصح؛ لأنه لا يجوزُ عندنا بيعها في حقٍّ أحدٍ.

وقال أبو حنيفة: يصحُّ شراؤه، وإذا باعها بعد ذلك صح بيعُها، وقال أبو يوسف ومحمد: يصح شراؤها ولا يصح بيعها.

وإنما يصحُّ شراؤها لأن عندهم أن الوكيل يملك المبيع، ثم ينتقل عنه إلىٰ الموكل، فإذا اشترىٰ الخمر ملكها - لأنه ذمي - ثم تنتقل إلىٰ ملك الموكل المسلم بغير اختياره، فيكون كما لو ورثها، فأما إذا باعها، فهو يبيع خمرًا علىٰ مسلمٍ، فهي ملكٌ للمسلم، ولا يجوزُ بيعُ خمرٍ هي ملكٌ للمسلم، فاستدركا علىٰ أبي حنيفة، هذا علىٰ أصلِهِ، وكلاهما عندنا باطلان؛ لأن ما لم يكن مضمونًا علىٰ حق المسلم، ولم يصح أن يشتريه المسلم ويبيعه، فكذلك الذمي، كالميتة والدم، **إذا ثبت هذا**، فإنه لا يجوزُ أن يزن من المال

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٢).

شيئًا، فإن فعل ضمنه، والله أعلم.

فرع

حصةُ العامل من الربح إلىٰ تقديرهما، فإن قدَّرا منه شيئًا صح ذلك - قل أو كثر - لأن حصة العامل من الربح لا تثبتُ إلا بالشرط والتقدير، فكان علىٰ حسب ما يشترطانه، كما قلنا في الثمن والأجرة والصداق.

فإن قيل: فقد قلتم في الشريكين إنهما إذا شرطا التفاضلَ في الربح مع التساوي في المال لم يثبت ذلك، فما الفرق بينهما؟

فالجوابُ: أن الربح في عقد الشركة يستحق بإطلاقها؛ لأنه تبع للمالين، ألا ترىٰ أنهما إذا أطلقا العقد، ولم يشرطا في الربح شيئًا كان الربح بينهما علىٰ قدر المالين، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن حصة العامل لا تثبتُ إلا بالشرط، فكان علىٰ حسب الشرط.

فرع

إذا قارضه علىٰ أن يكونَ النصفُ للعامل والسدسُ لربِّ المال؛ صح ذلك؛ لأنه لو أطلق جميعَ النصف كان له، فإذا شرط بعضَه لنفسه وأطلق البعضَ أولىٰ أن يجوز.

فرع

قد حكينا فيما مضىٰ أنه إذا قارضه علىٰ أن يكونَ الربحُ بينهما، فإن أبا العباس قال يصح ذلك، ويكون الظاهرُ منه أنه بينهما، كما لا خلاف بين أصحابنا أنه إذا قال «هذه الدار بيني وبين فلانٍ» كانت بينهما نصفين، وإذا قال «بعتُكما هذه الدار» كانت بينهما نصفين، ومِن أصحابِنا مَن قال لا يصح ذلك، ويكون القِراضُ فاسدًا؛ لأنه يحتمل أن يكونَ بينهما نصفين، وثلثًا

وثلثين، وأقل وأكثر، فلما لم يبين واحدًا من ذلك كان العوضُ مجهولًا، وهذا كما لا خلاف - علىٰ المذهب - أنه لو قال «بعتُك هذا بألف مثقال ذهب وفضة» كان البيع باطلًا، ولا يحمل ذلك علىٰ النصف، فكذلك ههنا.

فرع

إذا قارض رجلٌ رجلين بألفٍ صح ذلك، ويكون في حُكم العقدين، فكأنه قارض كلَّ واحدٍ منهما علىٰ الانفراد بخمسمائة.

فإن قيل: فالمضاربان قد اشتركا في العمل، وهذا تجويز شركة الأبدان.

فالجوابُ: أنه ليس كذلك؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما عاملٌ لربِّ المال، وليس في ذلك أكثر من أن المال مشاعٌ، وذلك لا يوجب شركةَ الأبدان، كما لو كان العاملُ يتصرف في مال القِراضِ ومالٍ له فإنه يصح، ولا تكون شركةً؛ لأنه يتصرف في مال نفسه لحقِّ الملك، وفي مال ربِّ المال بحقَّ القراضِ، كذلك في هذه المسألة، كلُّ واحدٍ منهما يتصرف في نصف المال بحق القراضِ.

إذا ثبت هذا، فإن شرط لهما النصف أو الثلث أو الثلثين جاز، ويكون المشروط بينهما نصفين، ويكون الباقي له؛ لأنهما بمنزلة العقد، فهو كما لو قارض كلَّ واحدٍ منهما علىٰ الانفراد وشرط ذلك له، فإنه يجوز.

وإن قارض اثنان عاملًا واحدًا جاز ذلك، ويكون في حُكم العقدين، فإن شرطا الثلث من كل واحدٍ - أو أقل أو أكثر - جاز، وإن شرطا له ذلك علىٰ الاختلاف، فشرط له أحدُهما نصفَ الربح، وشرط له الآخرُ الثلثَ كان جائزًا، فيكون للذي شرط الثلثَ الثلثان، وللذي شرط النصفَ النصف - وهو الباقي من ربح ماليهما.

وإن شرط أحدُهما الثلثَ، والآخرُ النصفَ، علىٰ أن يكونَ الباقي من

الربحين بينهما بالسوية؛ لم يصح ذلك؛ لأن الذي شرط النصف من الربح يستحق الباقي - وهو النصف - والآخرُ يستحق الثلثين من الربح.

فإذا شرطا مقاسمةَ نصف أحدهما وثلثي الآخر بينهما بالسوية أخذ الذي شرط النصف أكثر من النصف، وتلك الزيادة علىٰ النصف هي من مال صاحبه، ولا يستحقه بمالٍ ولا عملٍ، فكان باطلًا.

فرعٌ

إذا كان في يده مالٌ مغصوبٌ، فقارض في ذلك المال، فالمذهبُ أن القِراضَ يصح، ومِن أصحابِنا مَن قال لا يصح؛ لأن القِراضَ يقتضي أن يكونَ المالُ أمانةً في يد المضارب، وهذا المال مضمونٌ عليه بالتعدي، فلا يصح القراضُ، ألا ترىٰ أنه إذا تعدىٰ في المال؛ بطل القراضُ، وهو إذا قارض به غيره علىٰ أن يكونَ الربح بينهما نصفين.

والصحيحُ ما ذكرناه؛ لأنه لا يمتنع أن يكونَ مقتضىٰ القِراضِ أمانةً، ومع ذلك فإنه يجوز عقدُه وإن كان المالُ مضمونًا بالتعدي، ألا ترىٰ أنه إذا رهنه المالَ المغصوبَ؛ صح الرهن، فيكون المالُ مضمونًا عليه، والعقد قد صح.

وكذلك إذا رهنه مالًا غير مغصوبٍ، فتعدىٰ فيه المرتهنُ كان مضمونًا عليه، والعقدُ بخلافه، وكذلك المضاربُ إذا تعدىٰ في مال القراضِ، فلبس ثوبًا منه فاستعمله كان ضامنًا له، والقِراضُ باقٍ فيه.

إذا ثبت أن القِراضَ قد صح، والمالُ مضمونٌ عليه، فإن اشترىٰ شيئًا للقراض فوزن فيه المال برئت ذمتُه بذلك، وزال عنه الضمان؛ لأنه سلمه إلىٰ البائع بإذن صاحبه، فهو كما لو[1] قال المغصوبُ منه للغاصب «سلم

---

(١) زيادة ضرورية.

المال المغصوب إلىٰ فلانٍ»، فسلَّمه إليه؛ زال الضمان عنه.

فرع

إذا كان في يده لرجلٍ وديعةٌ، فقارضه فيها؛ صح ذلك؛ لأنه لو قارضه والمال في يد ربِّ المال، ويحتاج أن يسلِّمه إلىٰ العامل صح ذلك، فإذا كان في يد العامل فأولىٰ أن يصح.

فرع

إذا كان في ذمته مالٌ، فقال له «اعزل المالَ الذي عليك من مالك، فإذا عزلتَه فقد قارضتُك عليه»، فأفرد من ماله قدر الدين، لم يصح ذلك، ولم يَصِرِ المالُ لصاحب الدين؛ لأنه لا يجوزُ أن يكونَ وكيلًا في قبض الدين من نفسه.

فإذا عزل ذلك المالَ ثم اشترىٰ شيئًا للقراض، نُظر، فإن كان اشتراه بذلك المال بعينه كان الشراءُ له، وملك تلك السلعة، ولم يكن ذلك قراضًا صحيحًا ولا فاسدًا؛ لأنه اشترىٰ سلعةً بماله فكانت له دون غيره، والدَّيْنُ الذي كان عليه باقٍ في ذمته، وإن اشتراه للقراض في الذمة ثم وَزَنَ فيه ذلك المال، فمِن أصحابِنا مَن قال إن الحكم فيه كما لو اشترىٰ بعين المال المعزول، فلا يكون قراضًا صحيحًا ولا فاسدًا، ويكون ذلك تجارةً لنفسه؛ لأنه إذا نوىٰ أن يشتريه للقراض، فإنما يشتريه علىٰ أن ينقد فيه ذلك المال الذي عزله؛ لأن المقارض ما أذن له في غيره، وذلك المال الذي يريد أن ينقده في الثمن هو ماله، فهو كما لو عينه بالعقد.

ومِن أصحابِنا مَن قال يكون ذلك قراضًا فاسدًا؛ لأنه علقه بصفةٍ - وهو قولُه: «إذا عزلتَ قدر ما لي عليك فقد قارضتُك عليه» - والقِراضُ لا يصح تعليقُه بالصفة، فإذا اشترىٰ مالًا للقراض في الذمة فقد اشترىٰ بنية القِراضِ -

بإذن المقارض - فملكه المقارض ولزمه الثمن، فإذا وزن ذلك المال الذي عزله من ماله وسلَّمه إلىٰ البائع صح ذلك، وكان قضاءً عن المقارض بإذنه، فهو كما لو قال له «سلِّم المالَ الذي لي عليك إلىٰ فلانٍ، فإن له عليَّ مثله » فإذا ثبت أن ذلك قراضٌ فاسدٌ كان الربح كله للمقارض، وللعامل أجرة المثل، وقد برئ من الدين بذلك التسليم علىٰ ما بيناه.

فَرع

إذا اختلف المقارضُ والعاملُ في قدر الربح، فقال: «شرطتُ لك ثلثه»، وقال العامل «بل نصفَه» تحالفا؛ لأنهما متعاقدان اختلفا في قدر العوض، فهما كالمتبايعين والزوجين إذا اختلفا في قدر الثمن والمهر.

وإن اختلفا في قدْر رأس المال، فقال ربُّ المال «كان ألفين»، وقال العامل «كان ألفًا، والألفان ربح، فهو بيننا نصفين»؛ كان القولُ قولَ العامل مع يمينه، لمعنيين، **أحدهما**: أن المال في يد العامل، فالقولُ قولُه فيما في يده وعلىٰ المدعي البينة، **والثاني**: أن تحقيقَ الاختلاف إنما هو في القبض؛ لأن ربَّ المال يقول: «قبضتُ ألفًا»، ولو اختلفا في القبض كان القولُ قولَ العامل؛ لأن الأصل أنه ما قبض الزيادة التي يدعيها عليه، والله أعلم.

فَرع

إذا دفع رجلٌ إلىٰ رجلين مالًا قراضًا، وتصرفا فيه، ونضَّ المالُ ثلاثة آلاف، فلما أرادوا القسمة قال ربُّ المال: «أعطيتُكما ألفين رأس المال، والربح ألف، فلي منه خمسُمائة، ولكما خمسُمائة بينكما نصفين»، فصدَّقه في ذلك أحدُهما، وكذَّبه الآخر، وزعم أن رأس المال كان ألفًا، والربح ألفان، فالقولُ قولُ العامل المكذِّب في ذلك؛ لأن المال في يده، ولأن هذا اختلافٌ في القبض، ولا يلزمه إلا القدر الذي أقر بقبضه.

فإن حلف المكذِّبُ أخذ خمسَمائة، وتبقىٰ خمسُمائة علىٰ حسب ما اتفق عليه ربُّ المال والعامل الآخر، ويكون ملك الخمسِمائة بينهما علىٰ الثلث والثلثين، فللعامل ثلثها ولربِّ المال ثلثاها؛ لأن العامل أقر بأنه لا يستحق إلا الربع، وأن ربَّ المال يستحق النصف، والنصفُ من الأربعة إذا أضيف إليه ربعٌ كان ذلك ثلاثة أسهمٍ، فيقسم ذلك الباقي علىٰ ثلاثةٍ، ويكون الذي أخذه العامل الحالفُ بمنزلة التالف، فيكون لربِّ المال ثلاثُمائة وثلاثٌ وثلاثون وثلث، وللعامل مائةٌ وستةٌ وستون وثلثان، فذلك خمسمائة.

فرع

إذا أعطاه مائةً قراضًا، فخسر فيها عشرةً، ثم أخذ ربُّ المال منها عشرةً، ثم تصرف العاملُ وربح، وأراد المقاسمة، فإنه يعزل من جملة المال تسعةً وثمانين درهمًا - وهو قدرُ رأس المال - وما بقي فهو الربح، وإنما كان كذلك لأن ربَّ المال أخذ من رأس المال عشرةً، فانفسخ القِراضُ فيها بعد الخسران، وكان الخسران قد تقسط علىٰ الباقي، فحصةُ كلِّ عشرة دراهم من التسعين درهمٌ وتسع درهمٍ من الخسران، فكأنه أخذ أحد عشر درهمًا وتسع درهمٍ، فيكون ذلك القدر مقبوضًا بما يخصُّه من الخسران الذي يتقسط علىٰ المال؛ لأنه لا يجوزُ أن نجعل ما يأخذه ربُّ المال من رأس المال، ونجعل الخسران فيما بقي علىٰ العامل.

وأما إذا كانت المسألة بحالها، وأخذ بعد الخسران خمسةً وأربعين درهمًا - وهو نصف الباقي بعد الخسران - فإنه يُحسب عليه ذلك بحصته من الخسران، فيكون رأسُ المال خمسين درهمًا فيحتاج أن يرد حين المفاصلة، وهو قدر رأس المال.

فرع

إذا قارضه بألفين فأخذهما، فسُرق منه أحدُهما قبل التصرف فيهما، انفسخ القِراضُ في التالف، وإن كان قد اشترىٰ عبدين، فتلف أحدُهما، ففيه وجهان، **أحدهما**: ينفسخ القراضُ؛ لأن العبد بدله، فإذا انفسخ القِراضُ تتلف الألف - وهي المبدل - فكذلك يتلف العبد - وهو البدل - **والثاني**: أنه لا ينفسخ فيه، ويجبر ذلك من الربح؛ لأنه قد دار المالُ في القِراضِ وحصل في المتاع، فما يتلف منه فإنه في حكم الخسران في التجارة، ولأنه لو كان اشترىٰ بالألفين عبدين، ثم تلف أحدُهما بعد حصول الربح في المال لم ينفسخ القِراضُ فيه، ويحتاج أن يخبره بالربح، فكذلك هذا.

فرع

إذا أعطاه ألفًا قراضًا، ثم اشترىٰ عبدًا للقراض، فلما رجع ليزن المالَ وجده قد سُرق، فذكر الشافعي - في البويطي[1] - أن العبد يلزم المضارب في حقه، وينفسخ القراضُ، وقد ذكرتُ هذا وأن القِراضَ ينفسخ لأن عين الألف قد تلف قبل التصرف فيها، والذي نص عليه الشافعي[2] أن العبدَ يلزمُ العاملَ، وفيه وجهٌ آخرُ أنه يلزم ربَّ المال؛ لأنه اشتراه لربِّ المال بإذنه، فوجب أن يلزم ربَّ المال في خاصِّ ماله، والأولُ هو المنصوصُ عليه، وهو كالوكيل إذا اشترىٰ ما لم يتناوله إذن الموكل، فإنه يلزم الوكيل في خاص ماله، فكذلك هذا.

فرع

إذا أعطاه ألفًا قراضًا علىٰ أن يحمل ألفًا بضاعةً يتجر له فيها كان القِراضُ

(١) مختصر البويطي (ص ٦٧٦).
(٢) الأم (٤/ ١٣).

فاسدًا؛ لأنه لم يرضَ بعمله في مال القِراضِ في مقابلة ما شرط له من الربح حتىٰ شَرَطَ عليه عملًا آخر في بضاعةٍ له، وذلك الشرطُ لا يثبت، وقد جعل في مقابلته جزءًا من الربح الذي شرط له، فيسقط ذلك القدرُ، ويبقىٰ الباقي مجهولًا، والعوضُ إذا كان مجهولًا فسد القراضُ، فإن قال: «قارضتُك بهذه الألف علىٰ أن نصف الربح لك، وأسألك أن تتجر لي في بضاعةٍ» كان ذلك جائزًا؛ لأنه لم يشرط عليه، وإنما هو حاجة رفعها إليه من غير أن يلزمه إياها، فلا يقابل ذلك جزءًا من الربح.

فرع

إذا قدم مائة دينارٍ وألف درهمٍ، فقال «خُذْ هذه أو هذه قراضًا، علىٰ أن يكونَ نصفُ الربح لك» لم يجز؛ لأنه أوجب له في مالٍ مجهولٍ، فهو كما لو قال: «بعتُك أحد هذين العبدين» لم يجز، فكذلك هذا.

فرع

إذا أعطاه مالًا جِزافًا وقارضه عليه، لم يصح ذلك؛ لأنه إنما يقارضه ليرجع عند المفاصلة إلىٰ رأس المال، وإذا كان مجهولًا لم يمكن الرجوع إليه، وإن أسلم في شيءٍ جِزافًا فقد ذكرنا فيه قولين، **أحدهما**: يجوز، **والثاني**: لا يجوزُ، فإذا قلنا يجوز، فالفرقُ بينهما أن رأس المال في السَّلَم لا يُدفع لكي يرجع إليه، وإنما يُدفع لكي يأخذ المسْلَم فيه الموصوف، وإنما يرجعُ إلىٰ رأس المال في السَّلَم لعارضٍ - وهو أن يتعذر تسليم المسْلَم فيه - وفي مسألتنا إنما يُعقد القِراضُ لكي يرجع إلىٰ رأس المال حين المفاصلة، فلهذا فرقنا بينهما.

فرع

إذا باع العاملُ شيئًا من مال القِراضِ من ربِّ المال كان البيع باطلًا؛ لأن ربَّ المال يشتري ما هو ملكٌ له، وكذلك إذا اشترىٰ السيدُ شيئًا من عبده المأذون له في التجارة لم يصح؛ لأن ما في يده ملكه، فلا يصح أن يشتري ملكه، ويفارقُ إذا اشترىٰ شيئًا من المكاتب؛ لأن ما في يده ملكٌ له دون سيده.

فرع

إذا اشترىٰ جاريةً للقراض، لم يكن لأحدٍ منهما وطؤها، أما العاملُ فلا يجوز له ذلك؛ لأنها إما أن تكونَ ملكًا لغيره - وهو ربُّ المال - أو تكون بينهما - والجاريةُ المشتركةُ لا يجوزُ لأحد الشريكين وطؤها.

وأما ربُّ المال فلا يجوز له ذلك لأنها إما أن تكونَ مشتركةً بينه وبين العامل، أو تكون له وحقُّ العامل متعلقٌ بها، والوطْءُ ربما أدىٰ إلىٰ تلفها بالعلوق والحبل أو نقصان قيمتها بذلك، فهو كالراهن لا يجوزُ له أن يطأ الجاريةَ المرهونةَ لتعلق حق المرتَهن برقبتها.

فإذا أذن ربُّ المال للعامل في ذلك لم يجز بكل حالٍ؛ لأن الوطْءَ في ملك الغير لا يُستباح بالإذن والإباحة، وهذه الجاريةُ إما أن تكونَ جميعُها لربِّ المال أو بعضها، وإن أذن العامل لربِّ المال في ذلك، وقلنا إنه يملك حصته من الربح، وقد ظهر الربح لم يجز له وطؤها؛ لأنها بينهما، وإن قلنا إنه لا يملكها إلا حين المفاصلة، أو لم يظهر في المال ربحٌ كان له وطؤها، كما أذن المرتَهن للراهن في وطء المرهونة جاز له ذلك.

فأما تزويجُها، فليس لواحدٍ منهما أن يزوجها؛ لأنه يُنقص قيمَتَها، فيكون فيه ضررٌ علىٰ صاحبه، فإن تراضيا جاز.

وإن أعتقها ربُّ المال كان حكمها حكم المرهونة إذا أعتقها الراهن، فإن كان أذن له العامل عتقت، وإن لم يأذن فهي علىٰ الأقاويل التي ذكرناها في كتاب الرهن، والله أعلم.

فرع

إذا طلب أحدُ المتقارِضَين قسمةَ الرِّبح مع البقاء علىٰ القراضِ، وامتنع الآخر كان له ذلك؛ لأن للممتنع غرضًا صحيحًا في ذلك؛ لأنه إن امتنع ربُّ المال، فإنه يقول «لا آمنُ أن يخسر في المال، فينقص رأس المال»، فيحتاج أن يرد ما أخذه من الربح، وربما تعذر الوصول إلىٰ ذلك من جهته لفقره، وإن امتنع العاملُ فإنه يقول «لا آمنُ أخسرُ في المال، فأحتاج أن أردَّ ما أخذتُ، فلا يستقر لي ذلك، وربما لم يحضرني شيءٌ في ذلك الوقت، فتبقىٰ ذمتي مرتهنة بالدين».

وإذا كان للممتنع غرضٌ صحيحٌ لم يُجْبَرْ علىٰ المقاسمة، فإن اتفقا علىٰ أن يقسما كلما ارتفع في المال ربحٌ - وهذه عادة أرباب الأموال والمعاملين في عقود القِراضِ - جاز ذلك، فإن أرادا المفاصلة - وكان هناك ربحٌ - أخذ ربُّ المال قدر رأس المال، واقتسما الربح، وإن لم يكن ربحٌ، ولم يبق إلا قدر رأس المال أخذه، ولا شيء للعامل.

وإن كان قد نقص رأس المال نُظِرَ، فإن كان يتم بإضافة ما أخذه ربُّ المال من الربح أضيف إليه، وكان ما أخذه العامل بينهما نصفين - أو علىٰ ما شرطاه، فيرد العامل نصف ما أخذه علىٰ ربِّ المال - أو ما شرطاه من الربح - وإن كان لا يتمُّ رأسُ المال بإضافة ذلك القدر إليه أضيف إليه مما أخذه العامل ما يتم به، ثم ما يبقىٰ بعد ذلك يكونُ بينهما علىٰ حسبَ ما شرطاه، وإن كان لا يتم إلا بإضافة الجميع طالبه بجميع ما أخذه؛ لأن الربح

جعل وقايةً لرأس المال، فلا يسلم لأحدٍ منهما ربحٌ حتىٰ يكمل رأس المال.

فرع

إذا أعطاه ألفين علىٰ أن يشاركه في أحد الألفين، فيضيف إليها ألفًا من عنده - فيكون الجميعُ بينهما شركةً - وتكونُ الألفُ الأخرىٰ قراضًا بينهما جاز ذلك، ويكون شريكًا ومقارضًا له، إذ ليس أكثر من أن مال القِراضِ متاعٌ، وذلك جائزٌ، إذ كان لا يمنع العاملَ من التصرف في الجميع - في مال نفسه بالملك، وفي مال صاحبه بالقراضِ.

فرع

يجوزُ للأب والجد والوصي والحاكم أن يعقدوا علىٰ مال المولىٰ عليه عقد القراضِ، بدليل قوله ﷺ: «**ابْتَغُوا فِي أَمْوَالِ الْيَتَامَى لا تَأْكُلهَا الزَّكَاةُ**»[1]، وأراد به التجارة فيها، ولأنه يجوز أن يبيع من مال المولىٰ عليه ويشتري به، يقصد بذلك الفضل والربح، فكذلك يجوز عقد القِراضِ عليه لأن المقصود منه الفضل والربح.

فرع

إذا أعطاه بغلًا علىٰ أن يحملَ عليه وتكون الأجرةُ بينهما، كان ذلك معاملةً فاسدةً ولم يكن قراضًا؛ لأن القِراضَ لا يجوزُ إلا في الأثمان، فإن اكتسب شيئًا بالحمل عليه، كان لصاحب البغل، وله أجرة المثل؛ لأن المُعَوَّلَ في حمْل المتاع علىٰ البغل دون العامل، والكراءُ يكون مضافًا إلىٰ البغل دونه، ويفارقُ هذا إذا أعطاه شبكةً علىٰ أن يكونَ ما يصطاده بينهما، حيث قلنا إن الصيد يكون

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٧١٠٨)، والبيهقي (٧٣٤٠)، وفي الصغرىٰ (١٢٢١) موقوفًا علىٰ عمر رضي الله عنه.

للصائد، والأجرةُ عليه لصاحب الشبكة؛ لأن الصيدَ يضاف إلىٰ الصائد دون الشبكة، كما يضافُ الكراءُ إلىٰ البغل دون العامل.

فرع

إذا أخذ مالَ القراضِ، ثم إنه خلطه بمالٍ من عنده، كان متعديًا بذلك، وضمن مال القِراضِ؛ لأنه أمانة في يده، فإذا خلطه بمال من عنده بغير إذن صاحبه كان ضامنًا له، كما قلنا في الوديعة إذا خلطها بمالٍ من عنده.

فرع

إذا أعطاه ألفًا قراضًا، فتصرف فيها، ثم أعطاه ألفًا أخرىٰ بشرط أن يضيفها إلىٰ الألف الأولىٰ، ويخلطها به، ويتصرف فيهما معًا، لم يجز ذلك؛ لأن الألف الأولىٰ قد استقر القِراضُ بالتصرف فيها، فإذا شرط عليه إضافة الألف الثانية إليها فقد شرط عليه أن يجبر نقصان أحدِهما في التجارة بالأخرىٰ، وذلك لا يجوزُ؛ لأنه إذا تصرف في المال واستقر حكمه كان حُكْمُ العقد الثاني باطلًا، إذ شرْطُه فيه شرطٌ لا يصح.

فرع

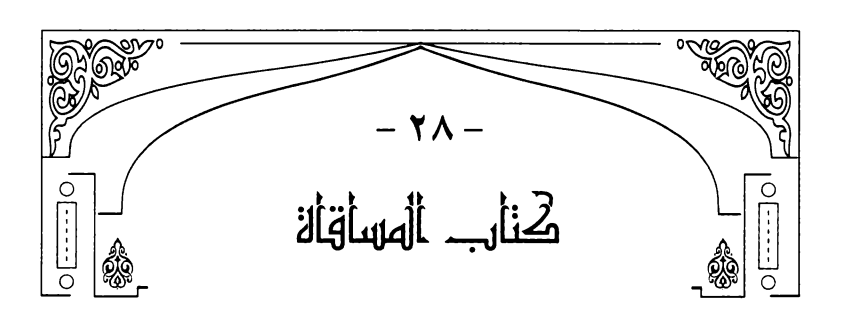
إذا قارضه في بلدٍ، فسافر إلىٰ مكة، فلقيه بها، فطالبه بالمفاصلة، فتفاصلا، فهل للعامل أن يطالبه بنفقة رجوعه إلىٰ بلده الذي كان قارضه فيه أم لا ؟ إذا قلنا إن نفقة العامل في ماله لم يكن له ذلك، وإن قلنا إن نفقته في مال القراضِ كان له المطالبة بقدر نفقته، وهل يطالب بجميع النفقة أو بالقدر الذي يزيد علىٰ نفقته في الحضر لأجل السفر؟ علىٰ وجهين، ذكرناهما فيما تقدم.

فَرع

إذا كان لرجلٍ أرضٌ، فشرط عليه آخر أن يغرس فيها غرسًا له، علىٰ أن يكونَ الغراسُ بينهما والأرضُ بينهما، لم يجز، ولصاحب الأرض أرضُه، ولصاحب الغراس غراسُه، وله أن يغرم قيمةَ الغراس، وعلىٰ صاحبها أن يقبلها، وله أن يطالبه بالقلع بشرط أنه يغرم الأرش، وليس له المطالبة بذلك من غير أن يغرم الأرش؛ لأنه غرس بإذنه في أرضه، فهو كما قلنا في العارية، والله أعلم بالصواب.

يليه كتاب المساقاة





- ٢٨ -
كتاب المساقاة

◆ قال الشافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «سَاقَى رَسُولُ اللهِ ﷺ أَهْلَ خَيْبَرَ عَلَى أَنَّ نِصْفَ الثَّمَرِ لَهُمْ، فَكَانَ يَبْعَثُ عَبْدَ اللهِ بْنَ رَوَاحَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَيخرِصُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ، ثُمَّ يَقُولُ: إنْ شِئْتُمْ فَلَكُمْ، وَإِنْ شِئْتُمْ فَلِي» قال: «فإذَا سَاقَى عَلَى النَّخْلِ أَوْ الْعِنَبِ بِجُزْءٍ مَعْلُومٍ فَهِيَ الْمُسَاقَاةُ الَّتِي سَاقَى عَلَيْهَا رَسُولُ اللهِ ﷺ»[1].

عقد المساقاة عندنا جائزٌ، وهو أن يكونَ للرجل نخيلٌ، فيسلمها إلىٰ من يحسنُ القيام بها ليقوم بمصالحها، فيصلحُ أجاجِينَها[2] وطرقَ المياه إليها، ويسقيها ويصرفُ جريدَها[3]، وتشبيح[4] سُلاها[5]، ويقطع الحشيش الذي ينشف ماءها، ويعمل سائر ما تحتاج إليه في مصالحها، علىٰ أن يكونَ له النصفُ من الثمرة.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٢).

(٢) جمع أجانة وهو الطسوت والمواجير والمراكن الكبيرة التي تغسل فيها الثياب، والمراد هنا الحفر التي يجمع فيها الماء علىٰ أصول النخل .

(٣) صرف الجريد هو تنحيته وتخفيفه وبتر أسافله لتهذيب النخل والخلوص إلىٰ العذوق.

(٤) التشبيح: أن يجعل العود عريضًا حتىٰ لا يؤذي.

(٥) السلا هو شوك النخل، واحدته سُلَّاءة، والمراد نزعُ شوكه كما في الصحاح (١/ ٥٥).

ومِن شَرْطِ صحة هذا العقد أن يكونَ الذي يجعلُه للعامل معلومًا، وهو أن يقول «نصف » أو «ثلث » أو ما كان، وأن تكون المدة مقدرةً، فإذا حصل هذان الشرطان؛ صح ذلك.

هذا مذهبنا، وبه قال أبو بكر الصديق وعمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وسائر الصحابة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وسعيد بن المسيب، وسالم بن عبد الله بن عمر، ومالك، والثوري، والأوزاعي، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، وداود، وأبو يوسف، ومحمد[١].

وقال أبو حنيفة وزُفر: لا تصح المساقاة بحالٍ[٢].. **واحتج من نصرهما** بما روي عن النبيِّ ﷺ أنَّه نهىٰ عن الغَرَرِ[٣]، والمساقاة غررٌ؛ لأنه لا يدرىٰ أتسلم الثمرة أو لا تسلم، وهل تقل ثمرتُها أو تكثر، وروي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**مَنِ استأجَرَ أجيرًا فليُعْلِمْه أجرَه**»[٤] والأجرةُ في المساقاة مجهولةٌ، وروي عن النبيِّ ﷺ: أنَّه نهىٰ عن المخابَرَةِ[٥]، وهي معاملة أهل خيبر، وهي المساقاة، فدل علىٰ أنها منهيٌّ عنها، ولأنه استأجر أجيرًا ببعض نماء الذي استؤجر له، فوجب أن لا يجوز، أصله: إذا زارعه وشرط بعض ما يخرج من الزرع، ولأنه لو ساقاه في بستانٍ علىٰ أن يكونَ له ثمرة نخيل في بستانٍ آخر لم يجز، فكذلك هذا، ولأن هذه نوع إجارةٍ، بدليل أن مِن شَرْطِها أن تكون المدة معلومةً، والإجارةُ إذا كانت الأجرة فيها مجهولةً كانت باطلةً، ولأن أصول البطيخ[٦] والقثاء والخيار تحتاج إلىٰ الخدمة والتربية، ولا يجوز أن

(١) ينظر: الأوسط (١١/ ١٠٧- ١٠٩).

(٢) ينظر: المبسوط للسرخسي (٢٣/ ١٩).

(٣) أخرجه مسلم (١٥١٣)، من حديث أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٢١١٠٩)، ومحمد بن الحسن في الآثار (٧٤٧) عن أبي هريرة وأبي سعيد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٥) أخرجه مسلم (١٥٣٦)، من حديث جابر بن عبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا.

(٦) بكسر الباء وفتحها.

يعامل عليها ببعض نمائها، فكذلك هذا، ولأنه لا يجوز أن يستأجر راعيًا لغنمه بشرط أن يكونَ له بعض نتاجها، فكذلك هذا.

ودليلُنا ما روىٰ ابنُ عمر رضي الله عنهما أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم عامل أهلَ خَيْبر بشطر ما يخرج منها من ثمرٍ أو زرع[١]، وروي عن عُمر رضي الله عنه[٢] أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم ساقىٰ يهودَ خيبر علىٰ تلك الأموال علىٰ الشطر، وشَرَطَ عليهم أنا إذا شئنا أخرجناكم، وروىٰ ابنُ عباس رضي الله عنهما[٣] أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم دفع إلىٰ أهل خيبر أرضَها ونخْلَها مقاسمةً علىٰ النصف.

فإن قيل: ما رويتم يقتضي جوازَ المساقاةِ والمزارعةِ معًا، وعندكم لا تصح المزارعة.

فالجوابُ من وجهين؛ أحدهما: أن المزارعة عندنا تجوز، وهي في البياض الذي في تضاعيف النخل، **والثاني**: أن الخبر يتناول الأمرين، فقام الدليلُ علىٰ بطلان أحدهما، وبقي الآخرُ علىٰ مقتضىٰ الخبر في الصحة.

فإن قيل: فإن المدة في تلك المساقاة كانت مطلقةً، وعندكم مِن شَرْطِ صحتها أن تكون المدة معلومةً.. **فالجوابُ**: أن الخبر - وإن كان روي مطلقًا ولم يُنْقل أن المدة كانت معلومة - فالذي يجبُ أن يُحمل الخبر[٤] عليه أنها كانت معلومةً؛ لأن المسلمين أجمعوا علىٰ أن المساقاة بالمدة المجهولة غير جائزةٍ، وقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ساقىٰ أهل خيبر[٥]، وعلىٰ أنه يجوز

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٨٥، ٢٣٢٩) ومسلم (١٥٥١).
(٢) أخرجه الدارقطني (٢٩٤٨)، والبيهقي (١١٦٢١)، وفي الصغرىٰ (٢١٥٥).
(٣) أخرجه أحمد (٢٢٥٤)، والدارقطني (٢٩٤٩).
(٤) في (ص): «المخبر» وهو تصحيف.
(٥) أخرجه الدارقطني (٢٩٤٨)، والبيهقي (١١٦٢١)، وفي الصغرىٰ (٢١٥٥).

أن تكون المساقاة كانت جائزةً في ذلك الوقت بمدةٍ مطلقةٍ ثم نُسخ بعد، وأكثر ما فيه أنه نقل في الخبر ما لا يصح بإجماعنا، فخرج بالدليل، وبقي الباقي علىٰ مقتضىٰ الخبر.

فإن قيل: لو كانت المدة معلومةً لنُقل ذلك كما نُقل نفس العقد.

قلنا: يجوز أن يُترك نقل ذلك؛ لأن الراوي إنما قَصَدَ نقْلَ نفس العقد دون شرائطه، كما نُقل أنَّ[1] النبيَّ ﷺ تزوج ميمونة وهو حلالٌ[2]، وأعتق صفية وتزوج بها[3]، فنقل نفْسَ العقدِ دون شرائطه المعتبرة فيه.

فإن قيل: فقد رويتم أنه شرط عليهم أنه إذا شاء أخرجهم، وهذا الشرط لا يصح عندكم في المساقاة.

قلنا: إنما جاز ذلك الشرطُ في زمن رسول الله ﷺ؛ لأن النسخ كان يجوز في ذلك الوقت وكان الوحي ينزلُ عليه بالأحكام وقتًا فوقتًا، وأما في زماننا فقد استقرت الأحكام وانقطع النسخُ، فلذلك لم يجز.

فإن قيل لم تكن مساقاةً؛ لأنه ﷺ فتح خيبر عَنوةً[4]، واسترقَّ أهلها، فكانوا عبيدًا للمسلمين يعملون في أراضيهم، وما شرط لهم فإنما هو طُعمةٌ جُعلت لهم، لا أنه اجرةٌ لهم علىٰ عملهم.

فالجوابُ: أن هذا غلطٌ لأنه روي أن عمر أجلاهم، فلو كانوا رقيقًا للمسلمين لم يُجْلهم، ولأنه روي أنه صلوات الله عليه بعث إليهم عبد الله بن رواحة ليخرصها عليهم، فخرصها خمسةً وأربعين ألف وسق، فقالوا: «أكثرت

(١) زيادة ضرورية.

(٢) أخرجه البخاري (١٨٣٧)، ومسلم (١٤١٠) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٣) أخرجه البخاري (٥٠٨٦)، ومسلم (١٣٦٥) عن أنس رضي الله عنه.

(٤) بفتح العين المهملة.

علينا يا بن رواحة »، فقال: «بُغضي لكم لا يحملني علىٰ أن أحيف عليكم، فإن شئتم فلكم، وضمنتم حصة المسلمين، وإن شئتم فلي وضمنتُ لكم حصتكم»، فقالوا: «بهذا قامت السماوات والأرضون»[١]، فأضاف حصته إليهم، والعبدُ - بإجماعنا - لا يملك، ولأنه نُقل في الخبر أنه عاملهم وساقاهم، والسيدُ إذا أمر عبده فعمل[٢] لم يكن ذلك معاملةً بينهما ولا مساقاة.

وأيضًا إجماعُ الصحابة، وهو أن أبا بكر أقرَّ أهل خَيْبر علىٰ ذلك، وأقرَّهم عليه عُمَرُ صدرًا من خلافته، ثم أجلاهم لأنهم سحروا ابنه عبد الله، فتكوَّعَتْ يده[٣]، ولا يُعرف أن أحدًا من الصحابة خالف ذلك.

ومن جهة القياس أن النخيل أصولٌ لا تجوز إجارتُها، ولا يزكو نماؤها إلا بالعمل فيها، فجازت المعاملة عليها ببعض النماء الحاصل منها - كالقِراض في الدراهم والدنانير - ولا تدخل عليه المزارعة لأن الأرض تجوز إجارتُها، ولا يدخُل عليه[٤] أصولُ البطيخ[٥] لأنها تنمىٰ في غير عملٍ فيها، وإنما يُعمل في غيرها - وهي الأرض - وأما النخيلُ فتحتاج إلىٰ مباشرةِ العمل فيها بتَشبيح سُلاها وتأبيرها وتصريف جريدها، ولا يدخل عليه الماشية؛ لأنها تزكو وتنتج من غير أن يباشرها الراعي بعملٍ فيها، ولأن الصحابة أجمعتْ علىٰ جواز عقد القراض، ولم ينقلْ فيه سُنةٌ، فثبتَ أنهم قاسوه علىٰ أصلٍ ثابتٍ في الشرع، وليس ذلك إلا المساقاة؛ لأنها في معنىٰ القِراض، وإذا كانت المساقاة أصلًا للقراض، والقراض جائزٌ فكذلك المساقاة.

---

(١) أخرجه الدارقطني (٢٠٥٠) والبيهقي (٧٤٣٩).

(٢) في (ف): «يعمل».

(٣) أخرجه أحمد (٤٨٥٤) عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(٤) يعني علىٰ القياس.

(٥) بكسر الباء وفتحها.

فإن قيل: يجوز أن تكون وردت في القراض سُنةٌ ولم ينقلوها؛ لأنهم عوَّلوا في صحته علىٰ الإجماع الذي هو حجةٌ مقطوعٌ به، وأعرضوا عن خبر الواحد الذي ليس بحجةٍ مقطوع بها !

فالجوابُ: أن الصحابة كانوا يُجْمِعون علىٰ الأحكام وينقلون الأخبار التي وردت فيها رغبةً في الثواب بنقل أحاديث رسول الله ﷺ وحتىٰ يتميزوا بمعرفتها ونقلها عمن لا يعرفها، ألا ترىٰ أنهم أجمعوا علىٰ وجوب الطهارة، ونقلوا الأخبار التي وردت فيها، مثل قوله ﷺ: «**لا صلاةَ إلا بطُهورٍ**»[1]، وغير ذلك، وكذلك الصلاة وغيرها من العبادات والمعاملات، فلو كان القراض قد وردت فيه سُنةٌ لما رغبوا عن نقلها؛ لأنهم أجمعوا علىٰ جوازه، فدل علىٰ أنه قياسٌ علىٰ المساقاة، والله أعلم.

فأما الجوابُ عن نهي رسول الله ﷺ عن الغرر، فهو أنه روي أنه نهىٰ عن بيع الغرر[2]، وهذا ليس ببيعٍ، ثم إن صح لم يكن فيه حجةٌ؛ لأن الغرر ما تردد بين جائزين وليس أحدهما بأغلب من الآخر، وعقدُ المساقاة ليس بغررٍ؛ لأنه معاملةٌ علىٰ النخيل بشرط أن يكونَ له بعضُ نمائها، والعادة أنها تثمر في كل سنةٍ ولا تكاد تخلف، وإن أخلفت كان ذلك نادرًا، فأجرينا العادةِ الغالبةَ في الأصول مجرىٰ المتيقن، وثبت بهذا أن الخبر لم يتناول عقد المساقاة.

وأما الجوابُ عن الخبر الآخر، فمن وجهين:

أحدهما: أن هذا العقد ليس بإجارةٍ، والمساقي ليس بأجيرٍ، وإذا لم يكن

---

(١) أخرجه البخاري (١٣٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) أخرجه مسلم (١٣٣٥) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

العامل أجيرًا لم يكن العقد إجارةً، فثبت أن الخبر لم يتناول هذا الموضع.

والثاني: أنَّا إن سلَّمنا أنه يتناوله، فلا حجة فيه أيضًا؛ لأنه يقتضي أن تكون الأجرة معلومةً، وإذا شرط له النصف أو الثلث كان ذلك أجرةً معلومةً، ألا ترىٰ أنه إذا باع منه نصف الصُّبْرة أو ثلثها كان ذلك جائزًا، وإنما تكون الأجرة مجهولةً إذا شرط له بعضًا مطلقًا، ونحن لا نجوِّز عقد المساقاة علىٰ ذلك.

وأما الجوابُ عن احتجاجِهِم بخبر المخابرة، فهو أن المخابرة استكراء الأرض ببعض ما يخرج منها، وقولُهم إنه مشتقٌّ من معاملة خبير؛ غلطٌ؛ لأنه مشتقٌّ من الخبار - وهو الأرض اللينة - والخبير الأكَّار، فسمي ذلك مخابرة؛ لأنها معاملةٌ مع الأكرة في الأرض.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على المزارعة، فهو أن المعنىٰ في الأصل أن الأرض تجوزُ إجارتها، فلم تجز المعاملة فيها ببعض ما يخرج من نمائها، وليس كذلك في مسألتِنا؛ لأن النخيل لا تجوز إجارتها، فدعت الضرورةُ إلىٰ جواز ذلك العقد عليها ببعض ما يخرج من ثمرها، كما جوَّزنا القراض علىٰ هذا الوجه.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إنه لا يجوز أن نساقيه على نخيل بستانٍ لبعض ثمرة بستان آخر، فهو أنه لا يمتنع أن تجوز المساقاة في نخيلٍ ببعض ثمرها، ولا يجوز ببعض ثمرةٍ غيرها، كما يجوز القراضُ في دراهم ببعض ما يحصل من ربحها، ولا يجوز ببعض ما يحصل من ربح دراهم غيرها.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إنه عقدٌ من شرطه أن تكون المدة فيه معلومةً كالإجارة، فهو أن عقد المساقاة عقدٌ لازمٌ، وإنما قلنا إنه لازمٌ لأنا لو جعلناه غير لازمٍ كان في ذلك ضررٌ علىٰ العامل؛ لأنه ربما رجع ربُّ النخيل في العقد

ففسخه إذا قرب إدراك الثمرة لكي يسقط حصة العامل منها، فشرطنا لزومه لذلك، ولم يجز أن نجعله مطلقًا؛ لأن العقد إذا كان لازمًا وأُطلقت المدة فيه اقتضىٰ أن يكونَ علىٰ التأبيد، ولا يجوزُ أن نثبتَ للعامل في النخيل حقًّا لازمًا علىٰ التأبيد من غير عوضٍ يبذله، وهذا المعنىٰ الذي أوجب أن يكونَ لازمًا، وأن تكون المدة معلومةً، ولا يوجب أن لا يجوز ببعض ما يخرج من نماء النخيل، فلم يجز أن يستدل بتقدير المدة علىٰ إبطال الشرط.

ثم المعنىٰ في الإجارة أنها لا تُعقد بشرط أن يكونَ للأجير بعضُ نماء الأرض التي يُستأجر فيها، وليس كذلك في مسألتِنا، فإنه عقدٌ بشرط أن يكونَ للعامل بعضُ نماء الأصل الذي يعمل فيه لأجل الحاجة الداعية إلىٰ ذلك، فلهذا جاز.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن هذه المعاملة لا تجوز في أصول البطيخ[١] **والقثاء والمواشي، فكذلك في النخيل،** فهو أن المعنىٰ في الأصول التي ذكروها أنها تنمىٰ ويزكو نماؤها من غير أن تُبَاشَرَ بالعمل في أعيانها، وليس كذلك في مسألتِنا، فإن النخيل لا يزكو ثمرها حتىٰ يعملَ في أعيانها بالتلقيح والتشبيح وغيرهما من مصالحها، فلهذا جاز العقدُ عليها علىٰ هذا الوجه[٢]

---

(١) بكسر الباء وفتحها.

(٢) ذكر ابن المنذر رَحِمَهُ اللَّهُ اختلافهم في حكم المساقاة واختار جوازها وقال (١١/ ١٠٩): (وبالخبر الثابت عن رسول الله ﷺ أقول، وهو قول أبي بكر، وعمر، لأن أبا بكر أقر اليهود فيها بعد رسول الله ﷺ وأقرهم عمر صدرا من إمارته، ولا معنىٰ لقول خالف قائله الثابت عن رسول الله ﷺ وعن أبي بكر، وعمر، وما عليه أهل الحرمين قديما وحديثا إلىٰ زماننا هذا).

• فَصْلٌ •

تجوزُ عندنا المساقاةُ على الكرْم، وبه قال جميعُ من أجاز المساقاة علىٰ النخيل، غير داود، فإنه قال لا تجوز المساقاة إلا علىٰ النخيل، واحتج بأن السُّنة إنما وردت في النخيل، فكان الحُكْم مقصورًا عليها[١]

ودليلُنا أن الكرْمَ شجرةٌ تجب الزكاة في ثمرها، فجاز عقد المساقاة عليها كالنخيل، ولأن الكرْم والنخل يجريان مجرىٰ واحدًا؛ لأن ثمرتها تُعَشَّرُ وهي ظاهرة لا تختبئ تحت أوراقها، فلما جازت المساقاةُ في النخل، فكذلك في الكرم.

فأما الجوابُ عما ذكره، فهو أن نقول: قد أجمعنا علىٰ أن المساقاة تجوز بالثلث والربع، والسُّنة إنما وردت في النصف.

فإن قيل: إنما جوَّزنا ذلك لأن الأمة أجمعت علىٰ التسوية بين النصف والثلث.

قلنا: والأمةُ أيضًا أجمعت علىٰ التسوية بين النخيل والكرم في عقد المساقاة، فمن منعها في أحدهما منعها في الآخر، ومن جوَّزها في أحدهما جوزها في الآخر، فإذا ثبت بالسُّنة جواز المساقاة علىٰ النخيل ثبت بالإجماع جوازها علىٰ الكرْم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (ولا تَجُوزُ الْمُسَاقَاةُ إلَّا في النَّخْلِ وَالْكَرْمِ)[٢].

---

(١) ينظر: الأوسط (١١/ ١١٠).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٣).

وهذا كما قال.. قد ذكرنا أن عقد المساقاة يجوز في النخل والكرم، فأما ما عداهما من الشجر المثمرة، مثل التِّفاح والكمثْرىٰ والرمان وما أشبه ذلك، فهل يجوز عقد المساقاة عليها أم لا ؟ فيه قولان، قال في القديم: يجوز، وقال في الجديد: لا يجوز.

فإذا قلنا إنه يجوز، فالدليلُ عليه ما روي أن النبيَّ ﷺ عامل أهلَ خيبر بنصف ما يخرج من زرعٍ أو شجرٍ، ولأنها شجرةٌ لها ثمرةٌ، فجاز عقد المساقاة عليها كالنخلة.

وإذا قلنا لا يجوز، فالدليلُ عليه أنها شجرةٌ لا تجب الزكاة في ثمرتها، فلم يجز المساقاة عليها، كالباذنجان والقثاء.

والجوابُ عن الخبر هو أنه غير معروفٍ[1]، ثم إن ثبت كان إطلاقُ الشجر راجعًا إلىٰ النخل والكرم.

وأما الجوابُ عن القياسِ، فهو أن المعنىٰ في النخل أنها تجب الزكاة في ثمرتها، وليس كذلك هذه الأشجار، فإن الزكاة لا تجبُ في ثمرتِها، فلم يجز عقد المساقاة عليها.

إذا ثبت هذا، فالأشجار علىٰ ثلاثة أضربٍ:

ضربٌ: تجوز المساقاة عليها قولًا واحدًا، وهو النخل والكرم.

وضربٌ: لا تجوز المساقاة عليها قولًا واحدًا، وهو ما لا ثمر له، كالخُلَّاف والتوت ونحوهما، وكذلك أصول الباذنجان والبطيخ[2] والقثاء؛ لأن أصولهما غير ثابتة وإن كانت تتميز.

---

(١) والمعروف أنه: «من ثمر أو زرع»؛ أخرجه البخاري (٢٢٨٥)، ومسلم (١٥٥١) عن ابن عمر رضي الله عنهما.

(٢) بكسر الباء وفتحها.

والضربُ الثالث، فيه قولان، وهو الأشجار التي لها ثمرةٌ - ما عدا النخل والكرم - وحكي عن أبي العباس بن سُريج أنه قال: يجوزُ عقدُ المساقاة علىٰ المقْلِ قولًا واحدًا؛ لأنها تثمر كالنخيل، وهذا هو المنصوص، والصحيح أَنه علىٰ قولين.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَتَجُوزُ الْمُسَاقَاةُ سِنِينَ)[١].

وهذا كما قال.. عقدُ المساقاة لازمٌ، ومن شَرْطِهِ أن تكون المدة مقدرةً؛ لأن إطلاقها يقتضي ثبوتَ الحقِّ للعامل في النخيل علىٰ التأبيد، فيصير شريكًا في أصولها، ولا يجوزُ أن يثبت الاشتراكُ فيها بين رب النخيل وبين العامل من غير أن يكونَ العامل قد وزن في مقابلة حقه شيئًا.

إذا ثبت هذا، فقد ذكر الشافعي أنها تجوز سنين، والحُكْمُ في ذلك كالحكم في مدة الإجارة، وقد ذكر الشافعيُّ في الإجارة أنها لا تجوز علىٰ طريق التجديد، ومنهم من قال: إن ذلك علىٰ حسب ما يغلب علىٰ الظن من بقاء الشيء المستأجر.

فحصل في الجملة ثلاثة أقاويل، **أحدها:** لا تجوز إلا سنة، **والثاني:** تجوز ثلاثين سنة، **والثالث:** أنها تجوز مدة يغلب علىٰ الظن بقاء المستأجر إليها، وإن بلغت مائة سنة وأكثر، وحُكْمُ المساقاة مبنيٌّ علىٰ حكم الإجارة، والله أعلم بالصواب.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٣).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال ﵁: (وَإِذَا سَاقَاهُ عَلَى نَخْلٍ فَكَانَ فِيهِ بَيَاضٌ لَا يُوصَلُ إِلَى عَمَلِهِ إِلَّا بِالدُّخُولِ عَلَى النَّخْلِ، وَكَانَ لَا يُوصَلُ إِلَى سَقْيِهِ إِلَّا بِشِرْكِ النَّخْلِ فِي الْمَاءِ وَكَانَ غَيْرَ مُتَمَيِّزٍ، جَازَ أَنْ يُسَاقِيَ عَلَيْهِ مَعَ النَّخْلِ لَا مُفْرَدًا وَحْدَهُ)[1].

وهذا كما قال.. البياضُ الذي يكون مع النخيل على ثلاثة أضربٍ، ضربٌ بياضٌ يسيرٌ بين تضاعيف النخل، وبياضٌ كثير بين تضاعيف النخل، وبياضٌ منفردٌ عن النخل.

فأما القسم الأول، فإنه يجوزُ أن يساقيه على النخيل ويزارعه في ذلك البياض، والدليلُ عليه ما روى ابن عمر[2] ﵄ أن النبيَّ ﷺ عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج من ثمرٍ أو زرعٍ، ولا يمكن حَمْلُ المزارعة المذكورة في الخبر إلا على هذا الوجه؛ لأنا أجمعنا على أن البياض إذا كان منفردًا عن النخيل لم تجز المزارعة عليه.

فإن قيل: فقد روي عن النبيِّ ﷺ أنه نهى عن المخابرة[3]، وهي المزارعة.

فالجوابُ: أن هذا الخبر عامٌّ في جميع المواضع، والخبر الذي نقلناه - في المساقاة - خاصٌّ في البياض الذي بين تضاعيف النخل، فقُضِي بهذا الخبر الخاصِّ على ذلك العام، ولأن البياض إذا كان في تضاعيف النخل دعت الحاجةُ إلى جواز المزارعة فيه؛ لأنه لا يمكنُ سقيُ النخيل إلا بأن

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٣).

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٨٥) ومسلم (١٥٥١).

(٣) أخرجه مسلم (١٥٣٦) من حديث جابر بن عبد الله ﵄.

يشاركها في الماء، ويؤدي ذلك إلىٰ اشتراك الأيدي فيها، فأُجيز عقد المزارعة علىٰ البياض، وجعل تابعًا للنخيل في ذلك.

فإن قيل: لا حاجة تدعو إلىٰ ذلك؛ لأنه يجوزُ أن يُكريه الأرض فيزرعها العامل لنفسه، ويساقيه علىٰ النخل، فيكون سقي الجميع إلىٰ العامل.

فالجوابُ: أن عقد الإجارة علىٰ هذا البياض غير مقصودٍ في نفسه، وفيه غررٌ؛ لأنه لا يدري أيحصل له في تلك الأرض غلةٌ أم لا.

وإذا كان هكذا لم يمكنا أن نكلفه عقد الإجارة ونكلفه الأجرة لما ليس بمقصودٍ في نفسه، وإذا جوَّزنا المزارعة عليه لم يكن فيه غررٌ؛ لأنه يعمل فيه، فإن ارتفع شيءٌ كان بينهما، وإن لم يرتفع شيءٌ لم يكن العامل قد غرم شيئًا، ولأنا قد بينا أن عقد المساقاة إنما جُوِّز لأجل الحاجة الداعية إليه، فجاز أن نجوز مثل هذا العقد في الأرض للحاجة الداعية إلىٰ ذلك، ويكون مثل المساقاة علىٰ وجه التبع.

فإن قيل: لو كان هذا البياض تبعًا للمساقاة لوجب أن تدخل المزارعة في عقد المساقاة بالإطلاق، كما أن البناء والغراس لما كانا تبعًا للأرض دخلا في العقد علىٰ الأرض بالإطلاق.

فالجوابُ: أنه إنما لم يكن تبعًا لها؛ لأن لفظ عقد المزارعة غير لفظ عقد المساقاة، وإنما يكون أحد الشيئين تبعًا للآخر في العقد إذا كان لفظ العقد فيهما واحدًا كما قلنا في البناء والغراس؛ لأن لفظ العقد عليهما وعلىٰ الأرض واحد.

إذا ثبت هذا، فإذا عقد عليهما، فإن قال «ساقيتُك علىٰ النخل، وزارعتُك علىٰ البياض بالنصف» جاز ذلك، وإن قال «عاملتُك علىٰ النخل والبياض

بالنصف» جاز؛ لأن لفظ المعاملة يُستعمل فيهما جميعًا، ويجوز أن يقول «ساقيتُك علىٰ النصف وزارعتُك علىٰ الثلث»، كما يجوز أن يساقيه علىٰ بعض النخل بالثلث وعلىٰ بعضه بالنصف فيقول «ساقيتُك في الطبرزد[١] بالنصف وفي الأزاد[٢] بالثلث»، وإن قال «ساقيتُك علىٰ النخل والبياض بالنصف» انعقدت المساقاة في النخيل دون المزارعة في البياض؛ لأن المساقاة لا تتناول المزارعة.

وإن أراد إلحاقَ المزارعة في البياض بالمساقاة واستئناف عقد المزارعة، فهل يصح أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يصح؛ لأنه جوز علىٰ وجه التبع للمساقاة، وإنما يكون تبعًا لها إذا جمع بينهما في العقد، فإذا أفرد كل واحدٍ منهما لم يكن أحدهما تبعًا للآخر.

والثاني: يجوز؛ لأن هذه المزارعة إنما جوزت للحاجة الداعية إلىٰ ذلك، والحاجة قائمة بحالها إن كان قد أفردها.

وهذا كما قلنا في الرجل يبيع النخل وقد أبَّر ثمرها، فيبقي الثمرة علىٰ ملكه ثم يبيعها من الذي اشترىٰ النخل قبل أن يبدو صلاحها ويطلق البيع، فهل يصح ذلك أم لا ؟ فيه وجهان:

أحدهما: يصح؛ لأن النخيل للمشتري، فتكون الثمرة تبعًا لها، كما لو

---

(١) الطبرزد: هو عسل السكر، وهو في تكملة المجموع (١١/ ١٠٧) نقلًا عن المصنف رحمه الله، قال: «ونحن نسميه بالقطارة، وهو يتنوع بحسب تنوع السكر الذي يستقطر منه»، ونقله كذلك الإسنوي في المهمات (٥/ ١١٧).

(٢) كلمة فارسية، تكتب بالدال المهملة والذال المعجمة، وهو نوع جيد من التمر، كما في تكملة المعاجم العربية (١/ ١١٩).

اشتراهما معًا.

والثاني: لأنه أفردها، فلا يمكن أن يجعلها تبعًا للأصول، كما لو باعها من غيره.

إذا ثبت أن عقدَ المزارعة في ذلك البياض يجوز، فإن البَزْرَ[1] يكون من رب المال، حتىٰ يكونَ المالُ كلُّه من أحدهما والعمل من الآخر، كما قلنا في القراض، فأما إذا ساقاه علىٰ النخيل ولم يزارعه في الأرض، فزرعها بغير إذنه كان في ذلك عاصيًا، ولرب المال أن يقلع زرعه ويطالبه بأجرة المثل، وله أن يتركه بشرط الأجرة المسماة في المستأنف، هذا كله في البياض اليسير.

فأما إذا كان البياضُ كثيرًا بين تضاعيف النخل، فهل يجوز عقد المزارعة عليه تبعًا للمساقاة أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأن البياض كثيرٌ، فلا يمكن أن يجعل تبعًا للنخل؛ لأن اليسير إنما يجعل تبعًا للكثير.

والثاني: أنه يجوز؛ لأن الحاجة التي دعت إليه جواز المزارعة فيه - إذا كان يسيرًا - قائمةٌ فيه إذا كان كثيرًا، فوجب أن نجوز العقد فيه تبعًا للمساقاة.

وأما الضربُ الثالث، وهو إذا كان البياضُ منفردًا عن النخيل، ويمكن سقيه علىٰ الانفراد، فإنه لا يجوز عقد المزارعة عليه؛ لأن الحاجة لا تدعو إلىٰ جوازه لما يمكن من إفراده بالسقي.

---

(١) البزر بالزاي يقال في الرياحين والبقول، وأما البذر بالذال فيقال في الحبوب كالحنطة والشعير ونحوها، والباء مع الذال مفتوحة لا غير، ومع الزاي بالفتح والكسر.. مقدمة نهاية المطلب (ص ٣٥٨).

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَا تَجُوزُ الْمُسَاقَاةُ إِلَّا عَلَى جُزْءٍ مَعْلُومٍ، قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا)[١].

لأن هذا العقد يعقد لكي يرجع[٢] كلُّ واحدٍ منهما إلىٰ حصته من الثمرة وقت المفاصلة، وإذا كان مجهولًا لم يمكن إجبارُ ربِّ المال علىٰ تسليم حق العامل لأنه لا يدري كم قدره، وهذا كما قلنا في عقد المضاربة.

إذا ثبت هذا، فإن ذلك علىٰ حسب ما يشرطانه، فإن شرطا النصف جاز، وإن شرطا الثلث - أو أقل أو أكثر - جاز، سواء شرط الأكثر لربِّ المال أو الأقل؛ لأن هذا العقد حق لهما، فكان ذلك علىٰ حسب شرطهما إذا لم يؤد إلىٰ الربا، كما في قلنا في البيع والمضاربة وغيرهما.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ سَاقَاهُ عَلَى أَنَّ لَهُ ثَمَرَ نَخَلَاتٍ بِعَيْنِهَا مِنْ الْحَائِطِ، لَمْ يَجُزْ ذلك، وَكَذَلِكَ لَوْ اشْتَرَطَ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ صَاعًا مِنْ تَمْرٍ لَمْ يَجُزْ وَكَانَ لَهُ أُجْرَةُ مِثْلِهِ فِيمَا عَمِلَ)[٣].

وهذا كما قال.. إذا شرط العاملُ في المساقاة ثمر نخلةٍ بعينها - أو نخلاتٍ بأعيانها - لم يجز؛ لأنه ربما لم يرتفع من الثمرة في البستان إلا ذلك القدر الذي عيَّنه، فيؤدي إلىٰ أن ينفرد به العامل، ولا يجوز أن ينفرد أحدُهما بما يرتفع من الثمرة، كما لا يجوز في القراض أن ينفرد أحدُ المتضاربين بالربح.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٣).

(٢) في (ق): «علىٰ أن يرجع».

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٣).

وكذلك إذا شرط له قدرًا معلومًا بكيل أو وزنٍ، مثل أن يقول «علىٰ أن يكونَ لك منها وسقٌ - أو مائة رِطْلٍ أو مًا شابه ذلك»؛ لأنه يؤدي إلىٰ أن ينفرد بالغلة دون رب المال.

إذا ثبت هذا وشرطه في العقد كانت المساقاةُ فاسدةً، والثمرةُ كلُّها لربِّ النخيل؛ لأنها نماءُ أصله، فكانت تبعًا له، ويكون للعامل أجرة المثل، كما قلنا في القراض الفاسد، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ دَخَلَ فِي النَّخْلِ عَلَى الْإِجَارَةِ بِأَنَّ عَلَيْهِ أَنْ يَعْمَلَ، وَيَحْفَظَ، وبِشَيْءٍ مِنْ الثَّمَرِ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحُهُ، فَالْإِجَارَةُ فَاسِدَةٌ، وَلَهُ أُجْرَةُ مِثْلِهِ)[١].

وهذا كما قال.. هذه المسألة ليست من مسائل المساقاة، وإنما هي من مسائل الإجارات[٢]، وإنما ذكرها الشافعي ليفرِّق بينها وبين المساقاة، فإذا قال «استأجرتُك علىٰ أن تعمل لي في هذه النخيل، بشرط أن يكونَ لك النصف من ثمرتها إذا خرجت - أو الثلث أو ما شرط» فإن تلك إجارة فاسدة؛ لأن الإجارة عند الشافعي ضربٌ من البيوع.

ولو باع نصف ثمرة لم تخلق، لم يصح، فكذلك إذا استأجره بنصف ثمرة لم تخلق، فأما إذا استأجره علىٰ عمل نخيل بنصف ثمرة نخيل آخر قد خرجت لم يخْلُ من أن تكون تلك الثمرة قد بدا صلاحُها أو لم يَبْدُ، فإن كان لم يَبْدُ صلاحها، نُظر:

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٣).

(٢) وقاله الماوردي في الحاوي الكبير (٧/ ٣٧٠).

فإن استأجر لجميع الثمرة لم يجز ذلك إلا بشرط القطع، كما لا يجوز بيعها إلا بشرط القطع، وإن أطلق كان العقد باطلًا، كما لو أطلق ذلك في البيع.

وإن استأجره بنصفها لم يجز لأنه لم يشرط قطعه فقد أطلق العقد علىٰ ثمرة لم يَبْدُ صلاحُها فلم يجز، وإن شرط القطع لم يجز؛ لأنه لا يمكنُ قطع النصف إلا بقطع الجميع؛ لأنه مشاعٌ في الجميع، والنصف الآخر لرب النخيل، فلا يُجبر علىٰ قطعه قبل إدراكه.

وإن كان قد بدا صلاحُها، فإن كان بالجميع صح ذلك، أطلق أو شرط القطع؛ لأنه إذا بدا صلاحُها انحسرت عنها الآفة، فلا يكون في تبقيتها غررٌ، وإن كان بالنصف جاز أن يطلق؛ لأن بيع الثمرة بعد بُدُوِّ صلاحها مطلقًا يجوز، وإن شرط القطع لم يجز؛ لأنه مشاعٌ، فلا يمكن استيفاء نصيبه إلا بقطع الجميع، والمؤجر لا يجبر علىٰ قطع نصيبه من نخيله، وكلُّ موضعٍ أفسدنا الإجارة وعمل العامل كان له أجرة مثله، ولربِّ النخيل جميع الثمرة.

• فَصْلٌ •

إذا ظهرتِ الثمرةُ وساقاه في نخيلها[١] على أن يكونَ له بعضُ الثمرة، ففيه قولان:

أحدهما: يجوز؛ لأنه إذا جاز العقد والثمرة لم تُخلق - مع كثرة الغرر - فلأن يجوز والثمرة قد ظهرت مع قلة الغرر أولىٰ.

والثاني: لا يجوز، لما روي[٢] أن النبيَّ ﷺ عامل أهل خيبر علىٰ نصف ما يخرج من ثمرٍ أو زرعٍ، وهذا يدلُّ علىٰ أنه لا تجوز المساقاة إلا قبل

---

(١) في (ف): «نخلها».

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٢٨) ومسلم (١٥٥١) عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما.

خروج الثمرة؛ لأنه ﷺ في تلك الحال ساقاهم، ولأن الثمرة إذا ظهرت فقد حصل المقصود، فلا تجوز المساقاة في تلك الحال، ألا ترىٰ أنه لا يجوز أن يقارضه ويشرط له ربحًا قد ظهر، وإنما يجوزُ أن يشرط أن تكون له بعض الفائدة التي لم تظهر، فكذلك هذا، والذي ذكروه يبطل به إذا أدركت الثمرة، فإنه لا يجوز أن يساقيه عليها.

إذا ثبت هذا، فلا خلاف علىٰ المذهب أن المساقاة تجوز قبل ظهور ثمرتِها، وإذا ظهرت ولم تدرك ففيها قولان، وإذا أدركت لم يجز؛ لأنها قد استغنت عن العمل علىٰ أصولها، ولم يبق للعامل عملٌ يستحق به جزءًا من الثمرة.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكُلُّ مَا كَانَ فِيهِ مُسْتَزَادٌ مِنَ الثَّمَرَةِ - مِنْ إِصْلَاحِ الْمَاءِ وَطَرِيقِهِ وَتَصْرِيفِ الْجَرِيدِ وَإِبَارِ النَّخْلِ وَقَطْعِ الْحَشِيشِ الْمُضِرِّ بِالنَّخْلِ وَنَحْوِهِ - جَازَ شَرْطُهُ عَلَى الْعَامِلِ)[1].

وهذا كما قال.. الكلامُ في هذه المسألة في بيان ما يكونُ علىٰ ربِّ النخيل من العمل، وما يكون علىٰ العامل.. وجملةُ ذلك أن كلَّ ما فيه حفظٌ للثمرة ومستزادٌ فيها، فهو علىٰ العامل، مثل إصلاح الأجاجين، وتنقية الأنهار، وكري السواقي، وإدارة الدولاب، وقطع الحشيش المضر بالنخيل، وحفظ الثمرة، وإبار النخل، وتصريف الجريد، وقطع السُّلاء[2] حتىٰ يتمكن من إدخال اليد في الثمرة لإصلاحها، وجذِّها إذا تناهىٰ إدراكها، وإصلاح جرنها إن كانت مما تشمس[3].

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٣).

(٢) السلاء بالتشديد هو الشوك، ومفرده سلاءة.. جمهرة اللغة (٢/ ١٠٧٤).

(٣) تقدم البحث في ذلك (ص ٧٨).

وأما الذي علىٰ ربِّ المال فكلُّ ما فيه إصلاحٌ لأصول النخيل وتبقيةٌ لها، مثل شق الأنهار، وحفر الآبار، ونصب الدولاب وإقامة الثيران التي تديره، وتحصيل الكُشِّ(١) الذي تؤبر به الثمرة.

وما عدا هذه مما فيه إصلاح الأصول وتبقيتُها، فإن أطلق ذلك رجع إطلاقُه إلىٰ ما ذكرنا، وإن شرطه كان تأكيدًا، وإن شرط بخلافه - مثل أن يشرط ما علىٰ ربِّ المال علىٰ العامل، وما علىٰ العامل علىٰ ربِّ المال - كان العقدُ فاسدًا؛ لأنه خلاف مقتضاه، فهو كما قلنا في القراض إذا شرطا علىٰ أحدهما المال والعمل فيه، فإذا ثبت أن العقد فاسدٌ كان الحُكْمُ علىٰ ما ذكرناه في المساقاة الفاسدة.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُسَاقِي عَلَى رَبِّ النَّخْلِ غِلْمَانًا يَعْمَلُونَ مَعَهُ، وَلَا يَسْتَعْمِلُهُمْ فِي غَيْرِهِ، وَنَفَقَةُ الرَّقِيقِ عَلَى مَا يَتَشَارَطَانِ عَلَيْهِ، وَلَيْسَ نَفَقَةُ الرَّقِيقِ بِأَكْثَرَ مِنْ أُجْرَتِهِمْ، فَإِذَا جَازَ أَنْ يَعْمَلُوا لِلْمُسَاقِي بِغَيْرِ أُجْرَةٍ جَازَ أَنْ يَعْمَلُوا لَهُ بِغَيْرِ نَفَقَةٍ)(٢).

وهذا كما قال.. ذكر الشافعيُّ أن العامل إذا شرط علىٰ ربِّ النخيل غلمانًا يعملون معه أن ذلك يجوز، واختلف أصحابُنا فيه علىٰ طريقين:

فمنهم من قال أراد به إذا شرط غلمانًا يعملون معه العمل الذي يجب علىٰ ربِّ المال، وهو الذي يعود إلىٰ حفظ الأصل، مثل حفر السواقي والبئر

(١) بضم الكاف وبالشين المعجمة، وهو ما يلقح به الإناث، وذكر ابن سيده أنه الشمراخ الذي يؤخذ من الفحل فيدس في الطلعة.. المنتخب من كلام العرب (ص ٤٥٨) والمحكم (٢/ ٥٧٥).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٤).

وغير ذلك، فأما إذا شرط أن يعملوا به العمل الذي عليه لم يَجُزْ، كما لا يجوز أن يشرطه[1] علىٰ ربِّ المال، فكذلك لا يجوز أن يشرطه علىٰ غلمانه؛ لأن يد غلامه كيده، وعمله كعمله، ولأنه لا يجوز أن يُشرط علىٰ ربِّ المال في القراض عملٌ وتصرفٌ في المال، فكذلك هذا.

ومِن أصحابِنا مَن قال يجوز أن يشرط أن يعملوا معه العمل الذي عليه حسب ما أطلقه الشافعي؛ لأن غلمانه ماله، فإذا شرط إضافتهم إليه، فهو كما يشرط إضافة مالٍ إلىٰ مالٍ، وكما لو أعطاه بغلةً يحمل عليها ويستقي بها في عمله، ولأن عملَ العامل هو المتبوع، وعمل الغلمان علىٰ وجه التبع، فلهذا جاز أن يشرط في المساقاة تبعًا لعمله، ويفارقُ عملَ ربِّ المال لأنه متبوعٌ وليس بتبع، فلهذا لم يجز، ولأنه لا يجري مجرىٰ المال، وعملُ الغلمان يجري مجرىٰ المال، فهو إضافة مالٍ إلىٰ مالٍ.

إذا تقرر هذا، فإن قلنا إنه لا يجوز، فإذا شرطه كان العقد فاسدًا، ويكون حُكْمه حُكْمَ المساقاة الفاسدة، وإذا قلنا يصح، فإن تدبيرهم إلىٰ العامل، فيحتاج أن يعملوا ما يكلفهم إياه؛ لأنهم جُعِلوا معونةً له.

وأما نفقتُهم، فإن كانوا قد أطلقوها فهي علىٰ سيدهم بحق الملك، وإن كانوا شرطوها علىٰ رب المال أو علىٰ العامل كانت علىٰ من شُرِطت عليه؛ لأنهم إن شرطوها علىٰ ربِّ المال، فهو تأكيدٌ لما يقتضيه الإطلاق، وإن شرطوها علىٰ العامل فلأن عملهم معونةٌ له، فجاز شرطُها عليه، وتكون النفقة علىٰ حسب الكفاية إن شُرِطت علىٰ العامل، وليس من شرطها أن تُقَدَّر.

وقال محمد بن الحسن: من شرطها تقديرها حتىٰ تصير معلومة، وهذا

(١) في (ص): «يشرط»، وهو تصحيف.

غلطٌ؛ لأنه لو كان التقدير من الشرط لكان من الشرط ذكر صفاتها وأحوالها كما نقول في المسلَم، ولما أجمعنا علىٰ أنه ليس مِن شرْطِها أن توصف، فكذلك ليس مِن شرْطِها أن تقدر، وتكونُ علىٰ حسب كفايتهم في العُرْف والعادة، والله أعلم.



باب

◆ قال المُزَنِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: هَذِهِ مَسَائِلُ أَجَبْتُ فِيهَا عَلَى مَعْنَى قَوْلِهِ وَقِيَاسِهِ: (مِنْ ذَلِكَ لَوْ سَاقَاهُ عَلَى نَخْلٍ سِنِينَ مَعْلُومَةً عَلَى أَنْ يَعْمَلَا فِيهَا جَمِيعًا؛ لَمْ يَجُزْ فِي مَعْنَى قَوْلِهِ قِيَاسًا عَلَى الْمُضَارَبَةِ يَعْمَلَانِ فِي الْمَالِينِ جَمِيعًا، فَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ أَعَانَهُ مَعُونَةً مَجْهُولَةَ الْغَايَةِ بِأُجْرَةٍ مَجْهُولَةٍ)[١].

وهذا كما قال.. إذا ساقاه وشرط أن يعمل معه ربُّ المال، نُظِرَ، فإن شرط أن يعمل العمل الذي على ربِّ المال من سدِّ الحيطان وشقِّ الأنهار ونحو ذلك كان تأكيدًا لما يقتضيه الإطلاق، وإن شرط أن يعملَ معه العملَ الذي على العامل لم يصِحَّ ذلك، وكان العقدُ فاسدًا، كما لو شرط على المقارض - في القراض - العملَ مع المال.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ سَاقَى عَلَى النِّصْفِ عَلَى أَنْ يُسَاقِيَهُ فِي حَائِطٍ آخَرَ عَلَى الثُّلُثِ؛ لَمْ يَجُزْ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ، كَالْبَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ، وَلَهُ فِي الْفَاسِدِ أُجْرَةُ مِثْلِهِ)[٢].

وهذا كما قال.. إذا كان له بستانٌ، فقال «ساقيتُك في هذا بالنصف على أن أساقيك في البستان الآخر بالثلث» لم تصح المساقاة؛ لأنهما عقدان في عقدٍ، وذلك لا يجوز، كما لو قال «بعتُك هذا العبدَ بألفٍ على أن أبيعك الآخر

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٤).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٤).

بألفين»، وإنما لم يجز عقدُ البيعتين في بيعةٍ، لمعنيين:

أحدهما: أنه إذا شرط عليه العقد الثاني فقد سامحه في العوض الذي سماه في الأول، وجعل انتفاعه بالعقد الثاني مكان المسامحة، وانتفاعه بالعقد الثاني مجهول المقدار، فيصير كأنه عقد العقد بمعلومٍ ومجهولٍ، والعقدُ إذا شُرِط فيه عوضٌ مجهولٌ، لم يصح.

والثاني: أنه سامح في المسمىٰ ليحصل له ما شرط، وذلك الشرطُ لا يثبت له؛ لأنه لا يلزم صاحبه أن يعقد معه العقد ولا يُجبر علىٰ قبوله، وإذا سقط احتجنا أن نضم - إلىٰ الذي سماه - القدر الذي حصل في مقابله الشرط، وذلك القدر مجهولٌ، والمجهولُ إذا أضيف إلىٰ المعلومِ صار كلُّه مجهولًا.

فإذا ثبت أن العقد فاسدٌ، فإذا عمل العامل كانت الثمرة لربِّ المال؛ لأنها تبعٌ للأصول، وعليه أجرة المثل للعامل، وهكذا الحُكْمُ في كلِّ مساواةٍ، لم يسلم ما شرطه وتعذر عليه الرجوع إلىٰ الذي سماه رجع إلىٰ قيمته، كما لو باع منه سلعةً بيعًا فاسدًا وسلمها إليه فتلفتْ في يده رجع عليه بقيمتها.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (فَإِنْ سَاقَاهُ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ عَلَى النِّصْفِ وَالْآخَرُ نَصِيبَهُ عَلَى الثُّلُثِ جَازَ)[1].

وهذا كما قال.. إذا كانت النخيلُ بين اثنين، فساقيا رجلًا وشرطا له عوضًا مختلفًا، مثل أن يشرط له أحدُهما النصفَ والآخرُ الثلثَ جاز ذلك؛ لأن العقد مع الاثنين بمنزلة العقدين، فهو كما لو أفرد كلَّ واحدٍ عقده معه، ولو أفرد جاز له أن يشرط كيف شاء، فكذلك إذا جمعه مع عقد صاحبه.

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٤).

وكذلك إذا أجَّر اثنان دارًا لهما وشرطا أجرةً مختلفةً، أو باعا دارًا لهما أو قارضا رجلًا وشرطا له عوضًا مختلفًا.

وكذلك كلُّ عقدٍ يقتضي عوضًا فإنه تجوزُ مفاصلةُ العوضين فيه، سواءٌ كانت حصتاهما متساويتين أو مختلفتين، إلا في الكتابة، فإنه إذا كان العبدُ بينهما نصفين لم يجز أن يكاتباه باختلاف العوض، فيكاتبه أحدُهما بمائة والآخر بخمسين؛ لأن ذلك يؤدي إلىٰ أن ينتفع أحدهما بالكسب الذي هو حق لصاحبه.

مثال ذلك، أن يعطي أحدَهما مائة والآخَرَ خمسين، ثم إنه يفسخ الكتابة، فيرجع الذي أخذ الخمسين علىٰ الذي أخذ المائة بخمسةٍ وعشرين؛ لأن كسبه بينهما بالسوية، ويكون ذلك قد انتفع بخمسة وعشرين - التي هي حق لصاحبه - إلىٰ أن استرجعها، فلما كان التفاضُلُ في العوض يؤدي إلىٰ هذا لم يجز.

هذا كلُّه إذا علم العامل قَدْرِ حصة كلِّ واحدٍ منهما، وكذلك إذا علم المشتري - أو المستأجر - قدر حصة كلِّ واحدٍ منهما من الدار، فأما إذا لم يُعلم كم قَدْرُ حصةِ كلِّ واحدٍ منهما لم يجز؛ لأنه لا يدري كم نصيبُه من الثمرة في الجملة؛ لأنه إن كان صاحب الأكثر هو الذي شرط له النصف توفر نصيبُ العامل، وإن كان صاحبُ الأقل هو الذي شرط له النصف كان نصيبُه أقلَّ منه، إذا كان صاحب الأكثر هو الذي شرط له النصف، وإذا كان مقدار حصته يختلف باختلاف ذلك ولم يدر كم يحصل له في الجملة لم يصح.

وإذا عرف مقدارَ حصةِ كلِّ واحدٍ منهما عَرَفَ القدر الذي يخصُّه؛ لأنه إذا علم أن لأحدهما الثلثين وشرط له النصف، وشرط له الآخرُ الثلثَ فقد علم أنه حصل له في الجملة ثلثُ الجميع وثلثُ ثلثِ الجميع، وذلك أربعة

أتساع الثمرة.

وإن كان قد شرط له صاحبُ الثلثِ النصفَ، وصاحبُ الثلثين الربع علم أنه حصل له ثلثُ الجميع.

وهكذا في البيع، إذا قال أحدهما «بعتُك نصيبي منها بألف»، وقال الآخر «بعتُك نصيبي منها بألفين»؛ لم يجز إذا لم يعلم مقدار النصيبين؛ لأنه لا يدري كم القدر الذي اشتراه بالألف، وكم الذي اشتراه بالألفين، وكذلك في الإجارة علىٰ هذا.

فأما إذا ساقىٰ رجلٌ رجلين جاز، ويكون بمنزلة العقدين، وله أن يشرط لهما علىٰ السوية وعلىٰ الاختلاف.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ سَاقَاهُ أَحَدُهُما عَلَى حَائِطٍ فِيهِ أَصْنَافٌ مِنْ دَقَلٍ وَعَجْوَةٍ وَصَيْحَانِيٍّ، عَلَى أَنَّ لَهُ مِنَ الدَّقَلِ النِّصْفَ، وَمِنَ الْعَجْوَةِ الثُّلُثَ، وَمِنَ الصَّيْحَانِيِّ الرُّبُعَ - وَهُمَا يَعْرِفَانِ كُلَّ صِنْفٍ - كَانَ كَثَلَاثَةِ حَوَائِطَ مَعْرُوفَةٍ)[١].

وهذا كما قال.. إذا ساقاه علىٰ بستانٍ فيه أنواعٌ؛ دقلٌ وعجوةٌ وصيحانِيٌّ، وجعل له من الدقل النصف، ومن العجوة الثلث، ومن الصيحاني السدس، فخالف - علىٰ هذا - الترتيب، نُظر، فإن كانا يعلمانِ مقدارَ كلِّ نوعٍ منهما، مثل أن يعلما أن الدقل عشرون نخلة، والعجوة مثلها، والصيحاني مثلها؛ جاز ذلك، وإن لم يعلما ذلك لم يجز، كما إذا باع منه عبدين، فقال «بعتُك سالمًا بخمسمائة وغانمًا بألفٍ»، فإن كان يعلم مَن غانمٌ منهما ومَنْ سالمٌ

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٤).

جاز، وإن لم يعلم لم يجز.

فأما إذا شرط له بالسوية من جميع الأنواع، مثل أن يقول «علىٰ أن لك النصف من كلٍّ واحدٍ» جاز؛ لأنه علم قدر حصته من الجملة، وسواء علم مقدار كلِّ نوعٍ أو لم يعلم، كما إذا قال «بعتُك سالمًا وغانمًا بألفٍ» جاز، وإن كان لا يعلم سالمًا بعينه ولا غانمًا.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ **قال رحمه الله: (وَلَو شَرَطا أَنَّ لِرَبِّ النَّخْيلِ الثُلُثَ، وَلَمْ يَقُولَا غَيْرَ ذَلِكَ، كَانَ فَاسِدًا)[1] الفصل إلى آخره.**

وهذا كما قال.. هذه المسألة قد ذكرناها في القراض، وقلنا إذا شرط ربُّ المال للعامل قدر حصته، وأطلق حصة نفسه جاز؛ لأنه يستحقُّه بالإطلاق، فما عدا المشروط يكون له، وإن شرط لنفسه وأطلق حصة العامل لم يجز؛ لأن ما يثبتُ للعامل إنما يثبتُ بالشرط، فإذا لم يشرط له شيئًا لم يصح العقد؛ لأنها مساقاةٌ من غير عوضٍ شُرِط للعامل، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ **قال المزني رحمه الله: (وَلَوْ كَانَتْ النَّخْلُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَسَاقَى أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ عَلَى أَنَّ لِلْعَامِلِ ثُلُثَيْ الثَّمَرَةِ مِنْ جَمِيعِ النَّخْلِ، وَلِلْآخَرِ الثُّلُثَ كَانَ جَائِزًا)[2] إلى آخر الفصل.**

وهذا كما قال.. إذا كان بين اثنين نخيلٌ، فساقىٰ أحدُهما صاحبَه في

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٤).
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٤).

نصيبه علىٰ أن يكونَ ثلثا جميع النخل، وله الثلث جاز؛ لأنه شرط الثلث من نصيبه - وذلك جائزٌ - فهو كما لو قال له «ساقيتُك في نصيبي علىٰ أن يكونَ لك الثلث، والباقي لي».

وإن شرط عليه أن تكون جميع الثمرة بينهما نصفين لم يجز؛ لأنه يستحق النصف من الثمرة - في غير مساقاة - بحقِّ الملك، فإذا لم يشرط له أكثر من النصف فتلك مساقاةٌ من غير عوضٍ، وذلك لا يصح.

وإن ساقاه علىٰ أن يكونَ للعامل الثلثُ من جميعها وله الثلثان لم يجز أيضًا؛ لأنه لم يشرط عوضًا، ولم يرضَ بذلك حتىٰ شرط عليه لنفسه عوضًا من ماله، وذلك لا يجوز.

وهكذا في القراض، إذا كان بينهما ألفُ درهم، فقارض أحدُهما صاحبه في نصيبه علىٰ أن يكونَ للعامل النصف أو الثلث لم يصح، لما ذكرنا.

إذا ثبت هذا، فإنْ عَمِلَ العاملُ كانت الثمرة بينهما نصفين بحق الملك، وهل للعامل أن يرجع عليه بأجرة المثل أم لا؟ قال المزني[1]: لا يرجعُ عليه بأجرة المثل؛ لأنه رضي ببذْلِ العمل من غير عوضٍ، وقال أبو العباس: له أجرة المثل؛ لأن عقد المساقاة موضوعٌ لاقتضاء العوض، فهو كما لو تزوجها من غير مهرٍ ثبت المهر لها، وكذلك إذا اشترىٰ شيئًا بخمرٍ أو خنزيرٍ ثبت له قيمة المثل إن تلفت السلعة، وكذلك إذا قال: بعتُك هذه السلعة بلا ثمنٍ، فتسلَّمها أو تلفتْ في يده كان عليه قيمتُها، فكذلك ها هنا.

وإذا قلنا بما قاله المزني، فالفرقُ بين المسألتين أن البُضع لا يصحُّ إباحته بغير عوضٍ، فلذلك ثبت المهرُ لها وإن لم يُذْكر في النكاح، وليس

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٤).

كذلك العمل في مسألتِنا؛ لأنه يصِحُّ[١] التطوع به وبذلُه من غير عوضٍ، فإذا لم يشرط العوض لم يثبت له.

وأما البيعُ بالخمر والخنزير فقد شرط فيه عوضًا، غير أنه أخطأ في التسمية، فثبت له عوض المثل.

وفي مسألتِنا لم يشرطْ عوضًا لنفسه بحالٍ، قال أبو علي بن أبي هريرة: ولأنه قبض العين المبيعة في البيع فضمنها، فإذا تلفت كان عليه ضمانُها، وفي مسألتِنا ما قبض عينًا حتىٰ يلزمه ضمانها.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ سَاقَى أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ نَخْلًا بَيْنَهُمَا سَنَةً مَعْرُوفَةً عَلَى أَنْ يَعْمَلَا فِيهَا جَمِيعًا عَلَى أَنَّ لِأَحَدِهِمَا الثُّلُثَ وَلِلْآخَرِ الثُّلُثَيْنِ؛ لَمْ يَكُنْ لِمُسَاقَاتِهِمَا مَعْنًى، فَإِنْ عَمِلَا فَلِأَنْفُسِهِمَا عَمِلَا، وَالثَّمَرُ بَيْنَهُمَا)[٢].

وهذا كما قال.. إذا كانت النخيلُ بينهما نصفين، فساقىٰ أحدُهما صاحبه علىٰ أن يعملا فيها جميعًا، علىٰ أن يكونَ لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان كان مساقاةً فاسدةً؛ لأنه قد شرط فيها العملَ علىٰ رب المال، فإذا كانت الثمرة بينهما نصفين بحق الملك، وقد عمل كلُّ واحدٍ منهما في ملكه وملك صاحبه، فعلىٰ قول أبي العباس يرجعُ كلُّ واحدٍ منهما علىٰ صاحبه بنصف أجرة مثل عمله، وعلىٰ قول المزني: الذي شُرط له الثلثان من الثمرة يرجع علىٰ صاحبه بنصف أجرة مثل عمله، والذي شُرِط له الثلث لا يرجع علىٰ

---

(١) في (ث)، (ق): «لا يصح» وهو غلط ظاهر؛ لأن قضيته إثبات صحة العمل بدون عوض، وهو اختيار المزني، خلافًا لأبي العباس بن القاص .

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٤).

صاحبه بشيءٍ؛ لأنه رضي أن يعمل لصاحبه من غير عوضٍ، فيحصل في ذلك وجهان، والله أعلم بالصواب.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال المزني رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ سَاقَى رَجُلٌ نَخْلًا مُسَاقَاةً صَحِيحَةً، فَأَثْمَرَتْ، ثُمَّ هَرَبَ، اكْتَرَى عَلَيْهِ الْحَاكِمُ من مَالِهِ مَنْ يَقُومُ فِي النَّخيلِ مَقَامَهُ)[1].

وهذا كما قال.. إذا ساقىٰ رجلًا وهرب العاملُ لم تنفسخ المساقاة بذلك؛ لأنها من العقود اللازمة، فلم تبطل بالهرب، كالبيع والإجارة وغيرهما من العقود اللازمة، ولأنه لو صرح بالفسخ فقال «فسختُ المساقاة» لم تنفسخ، فإذا هرب أولىٰ أن لا تنفسخ بالهرب.

إذا ثبت هذا، فإن ربَّ المال يرفع أمره إلىٰ الحاكم، ويثبت عنده أنه ساقاه وهرب بعد لزوم العمل إياه، فإذا ثبت عنده ذلك بالبينة، بعث الحاكم في طلبه، فإن لم يجده - وكان له مالٌ ظاهرٌ - اكترىٰ عليه من يقوم مقامه في العمل؛ لأن ذلك حق لازمٌ.

وإن لم يكن له مالٌ، ووجد من يكترىٰ للعمل في النخيل بأجرةٍ مؤجلةٍ إلىٰ أجلٍ يدرك فيه الثمرة اكتراه، فإذا أدركت الثمرة أعطي أجرته منها.

وإن لم يجد من يكتريه علىٰ ذلك استقرض عليه من بيت المال حتىٰ يستأجر من ينوب عنه في العمل.

وإذا أدركت الثمرة استوفىٰ منها قدر القرض، ورد إلىٰ بيت المال، وإن لم يكن في بيت المال شيءٌ - أو كان فيه وهناك ما هو أهم منه - استقرض

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٤).

عليه من رجلٍ من المسلمين، واستأجر من ينوب عنه.

وإن لم يجد من يقرضه قال لرب النخيل «أنفقْ علىٰ النخيل، بشرط أن ترجع علىٰ العامل من ماله»، فإن أنفق أخذ حقَّه من الثمرة، وإن لم ينفق؛ نُظِرَ، فإن كانت الثمرةُ لم تخرج بعد فإنه يفسخ العقد، وقال أبو علي بن أبي هريرة: لا يفسخ، ويساقي عليه إنسانًا آخر عن العامل، وهذا غير صحيح؛ لأن المساقاةَ إنما تجوزُ إذا كان من أحدهما الأصولُ ومن الآخر العملُ، والهاربُ لا أصل له فيها، فلم يصح أن يساقىٰ عنه ذلك، ويثبت له خيار الفسخ، فإذا فسخ رد أجرة ما عمله.

وإن كانت الثمرةُ قد ظهرت وبدا صلاحُها بيع من حصة العامل، وأنفق علىٰ العمل في النخيل، وإن كان قبل بُدُوِّ الصلاح لم يبع شيء من حصة العامل من غير رب النخيل بحال؛ لأنه لا يجوز إطلاقُ البيع في الثمرة قبل بدو الصلاح، وإذا شرط القطع لم يصح؛ لأن ربَّ المال لا يُجبر علىٰ قطع نصيبه، ولا يمكن قطع قدر حصة العامل؛ لأنه مشاعٌ في الجميع.

وأما ربُّ المال فيجوز أن يبتاع منه حصة العامل علىٰ أحد الوجهين؛ لأن الأصول ملكٌ له، فعلىٰ هذا يبتاع حصة العامل ويستأجر من يعملُ في النخيل حتىٰ تبلغ الثمرةُ وقتَ القسمة، فإن فعل فذاك، وإن امتنع وقلنا(١) لا يجوز، أو كانت الثمرة لم تخرج بعد، قلنا: «انصرف فليس لك غيرها».

هذا كلُّه إذا رفع الحكم إلىٰ الحاكم، فأما إذا لم يرفعه إليه، وأنفق - بغير إذنه - علىٰ العمل مع تمكنه من الرفع إليه لم يكن له أن يرجع علىٰ العامل بشيءٍ من ماله؛ لأنه متطوعٌ بذلك، وما تطوع به لم يرجع به، وإن لم يكن

(١) في (ف): «أو قلنا».

هناك حاكمٌ فأنفق بغير إشهادٍ، أو بإشهادٍ لكنه لم يشرط الرجوع لم يرجع بذلك أيضًا.

وإن أشهد وشرط الرجوع، فهل يرجع به أم لا؟ فيه وجهان؛ **أحدهما**: لا يرجع به؛ لأن الحاكم لم يحكم له بذلك، **والثاني**: يرجعُ به لأنه مضطر إلىٰ ذلك، وهذا كما قلنا في مسألة الجَمَّال إذا هرب وأنفق المُكْرِي علىٰ الجِمال، وسيجيء بيانه إن شاء الله.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (فَإِنْ عَلِمَ مِنْهُ سَرِقَةً بِنَخلٍ، مُنِعَ مِنْ ذَلِكَ وَيكتري عَلَيْهِ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ)[١].

وهذا كما قال.. إذا ادعىٰ ربُّ المال علىٰ العامل الخيانة في الثمرة، وزعم أنه سرق منها شيئًا لم تُسمع دعواه، وكان القولُ في ذلك قولَ العامل مع يمينه؛ لأن الأصل عدمُ الخيانة، فإن ثبتت الخيانةُ بإقراره أو ببينةٍ أو بيمينٍ مع النكول حكم عليه بذلك، وألزمه قدر ما يخصُّ ربَّ المال مما سرقه، ثم ماذا يعمل بعد ذلك؟ ذكر المزني في موضعٍ أنه يكتري من يضمُّه إليه ويشرفُ عليه، ولا ينزع المال من يده، وقال في موضعٍ آخر: ينتزع من يده.

وليست المسألةُ علىٰ قولين، وإنما هي علىٰ اختلاف حالين، فالموضعُ الذي قال «لا ينتزع المال من يده»، أراد إذا أمكن حفظه من الخيانة والسرقة، وكان ضعيفًا مهينًا ويكتري من يشرفُ عليه، والكراءُ يكون من ماله، والموضع الذي قال «ينتزع من يده»، أراد إذا لم يمكن حفظه من الخيانة بأن

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٤).

يكونَ جلدًا قويًّا، فينزع من يده ويسلم إلىٰ غيره، ويقوم مقامه فيه، ويكون الكراء من ماله أيضًا.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆قال ﷺ: (فَإِنْ مَاتَ قَامَ وَرَثَتُهُ مَقَامَهُ، فَإِنْ أَنْفَقَ رَبُّ النَّخْلِ كَانَ مُتَطَوِّعًا، وَيَسْتَوْفِي الْعَامِلُ شَرْطَهُ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ)[١].

وهذا كما قال.. إذا مات أحدُ المساقين لم تبطل المساقاة؛ لأنها عقدٌ لازمٌ كالإجارة والبيع، ويُنْظَرُ، فإن كان ربُّ النخيل هو الذي مات قام وارثه مقامه، ويجب علىٰ العامل العملُ في النخيل، كما كان يجبُ عليه حال حياة المساقي.

وإن كان العاملُ هو الذي مات، نُظر:

فإن عمل وارثه عمل النخيل، أو قام من يقومُ مقامَه في العمل عليها فذاك، وتكون الثمرة بينهما علىٰ حسب ما شرطاه، وإن امتنع عن ذلك، فهل يُجبر عليه أم لا ؟ مِن أصحابِنا مَن قال يُجْبر عليه؛ لأن العقد قد لزم في حق موروثه فلزمه في حقه أيضًا، كما لو مات المستأجر، فإن حق الإجارة ينتقل إلىٰ وارثه، فكذلك هذا.

والذي ذكره المزني أنه لا يُجْبر علىٰ ذلك؛ لأن عمل البدن إنما وجب علىٰ موروثه، وما وجب عليه فإنه لا يطالب به وارثه، كما قلنا فيه إذا استأجره للبناء ثم مات الأجير، وإذا مات وعليه دينٌ ولم يخلف تركةً فإن ورثته لا يطالبون بقضاء حقه، فكذلك ها هنا، ويفارق الإجارة؛ لأن تلك المنافع إنما هي منافع الدار صارت ملكًا للوارث، كما تصير أعيان أمواله

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٤).

ملكًا له، وليس كذلك في مسألتِنا؛ لأن هذا حق عليه، فهو كالدين، ولا يُجْبر الوارث علىٰ قضاء الدين إذا لم تكن تركةً، فلذلك لا يجبر علىٰ العمل.

إذا ثبت هذا، وقلنا لا يجبر - وهو الصحيح - فإن الأمر فيه إلىٰ الحاكم؛ لأن ذلك حق علىٰ الميت، وهو نائبٌ عنه في ذلك، ويكون الحُكْمُ علىٰ ما ذكرنا في العامل إذا هرب وكان له مالٌ [أو لم يكن له مال](١)، إلا أنهما يفترقان في الاستقراض، فإنه يجوز أن يستقرض علىٰ الهارب؛ لأنه يمكنُ الرجوعُ عليه بالحق إذا رجع، وفي مسألتِنا، لا يستقرض علىٰ الميت؛ لأن الرجوع عليه تعذر بموته، وإنما يستقرض ليرد بدله، فلهذا لم يجز الاستقراضُ عليه، وإن لم تكن قد أثمرت فسخ العقد، وإن أثمرت باع، كما ذكرنا في هرب العامل، والله أعلم.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال المزني رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ عَمِلَ فِيهَا الْعَامِلُ، فَأَثْمَرَتْ، ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا رَبُّهَا، أَخَذَهَا وَثَمَرَتَهَا، وَلَا حَقَّ عَلَيْهِ فِيمَا عَمِلَ فِيهَا الْعَامِلُ)(٢) إلى آخر الفصل.

وهذا كما قال.. إذا ساقاه في نخيلٍ، وظهرت ثمرتُها ثم خرجت مستحقةً بقيام البينة علىٰ ذلك كان للمغصوبِ منه أن يسترجعها بثمرتها؛ لأنها عين ماله - وقد نمت - فكان له استرجاعُها بنمائها - كالبهيمة المغصوبة إذا نتجت، والجارية المغصوبة إذا ولدت ولدًا - فإذا استرجع ذلك لم يكن للعامل فيه حق؛ لأنه ليس له فيها عين مالٍ، وإنما له فيها أثرٌ، ولا أجرة له عليه؛ لأنه عمل فيها بغير إذنٍ منه، فهو في حقه كالمتطوع بالعمل، وهذا كما

(١) ليس في (ص).
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٤).

نقول فيه: إذا غصب غزلًا ثم استنسجه إنسانًا فنسجه، ثم استحقه المغصوبُ منه أخذ الثوب ولا حقَّ للناسج فيه؛ لأن الذي له فيه أثرٌ لا عين، ولا أجرة عليه؛ لأنه نسجه بغير إذن منه كذلك هذا فإذا ثبت أنه لا حق له فيها ولا أجرة عليه، فإنه يرجع علىٰ الغاصب الذي ساقاه بأجرة مثله؛ لأنه غرَّه.

فإن قيل: هلا قلتم إنه لا يرجع عليه بالأجرة؛ لأن الثمرة قد خرجت من يدهما، فهو كما لو هلكت؟ **قيل**: **الفرق بينهما من وجهين**:

أحدهما: أنها إذا هلكت فقد ذهبتْ عينُها، وإذا استحقت فالعين باقيةٌ، فجاز أن تثبت له الأجرة؛ لأنها باقيةٌ، ومع بقائها لا يصلُ إلىٰ حقه منها.

والثاني: أن في تلك المسألة كانت المساقاة صحيحةً، فتعلق حقُّه بعين الثمرة - وقد ذهبت، فلم يتعلقْ بموضعٍ آخر، وإذا كانت النخيلُ مستحقةً فالمساقاة فاسدةٌ، وما تعلق حقُّه بعينها، وإنما تعلق بذمة من استعمله، فلهذا جعلنا له الرجوع به.

إذا ثبت هذا، فإن كانت الثمرةُ علىٰ النخيل لم تُجَذَّ بعدُ استرجعها، ويرجع بالأجرة علىٰ الغاصب، وأما إذا كانت قد جُفِّفت فإن كانت لم تنقص بذلك - وهي باقية - استرجعها أيضًا، وللعامل الرجوعُ علىٰ الغاصب بأجرة المثل، وإن كانت قد نقصت وجب قدرُ ما نقص له، وله أن يغرمه من شاء منهما، علىٰ ما نرتبه في ضمان جميع القيمة.

وأما إذا كانا قد اقتسما الثمرةَ بعد التجفيف، وأخذ كلُّ واحدٍ منهما حصته وجبت له قيمتُها، وله أن يغرم الغاصب جميعها؛ لأنه ضامنٌ لأصول النخيل، فكان ضامنًا لنمائها، وإذا غرمه الجميع رجع علىٰ العامل بالنصف، ورجع هو عليه بأجرة المثل.

وإن أراد أن يغرم العامل، فمِن أصحابِنا مَن قال يغرمه الجميع أيضًا؛ لأن الثمرة كلها كانت في يده، فضمنها بحصولها في يده، وقال المزني[١]: «لا يغرمه الجميع وإنما يغرمه النصف»، وهو الصحيح؛ لأنه هو القدر الذي ثبتت عليه يده، وأما النصفُ الآخر - الذي هو حصة الغاصب - فلم تثبت يد العامل عليه، وإنما كان يخدمه فيه، كالأصول لما كان عاملًا فيها، ويدُه غيرُ ثابتة عليها، فإن غرمه النصف - إما لأنه ليس له أن يغرمه إلا النصف، أو قلنا يغرمه الجميع، ولكنه لم يجد ذلك - لم يرجع العاملُ علىٰ الغاصب بما غرم من ذلك، وإنما يرجع بالأجرة، وإن غرمه الجميع - وقلنا له ذلك - رجع بالنصف علىٰ الغاصب بأجرة المثل.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللهُ: (وَإِنْ سَاقَاهُ عَلَى أَنَّهُ إِنْ سَقَاهَا مَاءَ سَمَاءٍ أَوْ نَهْرٍ فَلَهُ الثُّلُثُ، وَإِنْ سَقَاهَا بِالنَّضْحِ فَلَهُ النِّصْفُ كَانَ فَاسِدًا؛ لِأَنَّ عَقْدَ الْمُسَاقَاةِ كَانَ فاسدًا، وَالنَّصِيبُ مَجْهُولٌ، وَالْعَمَلُ غَيْرُ مَعْلُومٍ، كَمَا لَوْ قَارَضَهُ بِمَالٍ فما رَبِحَ فِي الْبُرِّ فَلَهُ الثُّلُثُ، وَمَا رَبِحَ فِي القَمْحِ فَلَهُ النِّصْفُ، فَإِنْ عَمِلَ كَانَ لَهُ أجرةُ عَمَلِهِ)[٢].

وهذا كما قال.. إذا ساقاه في نخيلٍ علىٰ أنه إن سقاها بماء السماء أو نهرٍ فله الثلث، وإن سقاها بالنضح فله النصف؛ كانت المساقاة فاسدةً؛ لأن العمل مجهولٌ، والعوض مجهولٌ، وهذا كما لو قال: «بعتُك أحد هذين العبدين» لم يصح؛ لأن المبيع مجهولٌ.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٤).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٥).

فإذا ثبت أنها فاسدةٌ كان له أجرةُ المثل، والثمرةُ لصاحب النخيل، وكذلك نقول في القراض، إذا شُرِط فيه مثل هذا الشرط كان باطلًا، والربحُ فيه لربِّ المال، وللعامل أجرةُ عمله.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وإِنْ اشْتَرَطَ الدَّاخِلُ أَنَّ أُجْرَةَ الْأُجَرَاءِ مِنْ الثَّمَرَةِ فَسَدَتْ الْمُسَاقَاةُ)[١].

وهذا كما قال.. إذا ساقاه في نخيل، فشرط العامل أن تكون أجرة الأجراء - الذين يستأجرُهُم ويستعملُهم في النَّخيل - من جملة الثمرة لم يصح ذلك لأن العمل عليه، وإنما يستحق الثمرة به، فإذا شرط من الثمرة أدىٰ ذلك إلىٰ أن يأخذ ما شرط من الثمرة بغير عوضٍ، وذلك لا يجوز.

فإن قيل: فقد قلتم إنه يجوز للمقارض أن يكتري علىٰ العمل في القراض من المال، فما الفرق بينهما ؟

فالجوابُ: أن العملَ الذي علىٰ العامل في القراض - مِن نشْرِ الثوب وطيِّه، ونقْدِ الثمن وتحصيلِهِ في كيسه وشدِّه وختْمِه وما أشبه ذلك - لا يجوز له أن يستأجر عليه؛ لأنه يلزمُه بإطلاق العقد، ولو شرط أن يكونَ ذلك من المال كان القراض فاسدًا.

فأما ما لا يتولاه مثله بنفسه - مثل النداء علىٰ الثياب وحمْلها علىٰ الخانبيار[٢] والدكان - فذلك ليس يلزمه، فلهذا جاز أن يشرط من المال مؤونته.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٥).

(٢) كلمة فارسية لعلها بمعنىٰ الحانوت.

وأما في مسألتِنا فالعملُ علىٰ العامل في النخيل، فإذا شرط أن تكون الأجرة من الثمرة كان ذلك خلافَ مقتضىٰ العقد؛ لأنه يأخذ حصته بغير عملٍ، فوِزانُه من مسألة القراض أن يشرط أن يكتري علىٰ الوزنِ والنقدِ والقبضِ وتحصيلِ الثمنِ في الكيسِ وشدِّه، وتكونُ أجرتُه في الربح وذلك لا يجوز، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال المزني رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ سَاقَاهُ عَلَى وَدِيٍّ لِوَقْتٍ يَعْلَمُ أَنَّها لَا تُثْمِرُ لَه لَمْ يَجُزْ)[1].

وهذا كما قال.. إذا ساقاه علىٰ ودِي - وهو الفِسْلان من النخيل - ففيه خمس مسائل.

فالمسألة الأولى إذا ساقاه علىٰ ودِيٍّ إلىٰ مدةٍ يتيقن أنها تثمر في مثلها أو يغلبُ علىٰ الظن ذلك جاز؛ لأن جميعَ شرائط المساقاة قد وُجدت، وليس فيه أكثر من أن تطاول المدة، وذلك جائزٌ، كما لو ساقاه سنين.

والمسألة الثانية هو إذا ساقاه علىٰ الودي إلىٰ مدةٍ يعلم في مثلها أنها لا تثمرُ؛ كانت المساقاة فاسدةً؛ لأنه لم يشرط فيها عوض العامل.

إذا ثبت هذا، فإذا عمل وأثمرتْ كانت الثمرةُ لربها، وهل له أجرةُ المثل أم لا؟ علىٰ قول المزني ليس له ذلك؛ لأنه لم يشرط لنفسه، وعلىٰ قول أبي العباس له ذلك؛ لأن عقد المساقاة يقتضي العوض، كما قال في النكاح.

والمسألة الثالثة هو إذا ساقاه علىٰ الودي إلىٰ مدةٍ يحتملُ أن تثمر فيه

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٥).

ويحتملُ أن لا تثمر فيه، وليس أحدُ الأمرين بأغلب من الآخر، ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز؛ لأن ثمرة النخلة يحتملُ أن تخلف ويحتملُ أن لا تخلف، وكذلك مالُ المضاربة يحتملُ أن يربح فيه ويحتملُ أن لا يربح.

والثاني: لا يجوز، لمعنيين، **أحدهما**: أن الأصل ها هنا عدم الثمرة، فلا يزول عن ذلك الأصل المتيقن بالشك، ويفارق النخل لأن غالب الحال فيها أنها تثمر في كل عامٍ، فلهذا جاز، **والثاني**: أن هذا غررٌ لأنه لا يدري أتحصل الثمرة أو لا تحصلُ، والغرر يمنع صحة العقد، كما قلنا فيه إذا شرط لنفسه مائة رطلٍ منها أو ثمرة نخلةٍ بعينها، والباقي بينهما، فإن ذلك لا يجوز لما فيه من الغررٍ؛ لأنه لا يدري هل يحصل في ذلك القَراح[1] زيادة علىٰ ما شرطه أم لا، فكذلك ها هنا.

إذا تقرر الوجهان، فإن قلنا يصحُّ حمْلُ العقد علىٰ صحته في جميع أحواله، فإن حصلت الثمرة كانت بينهما، وإن لم تحصلْ ثمرةٌ فلا شيء للعامل علىٰ ربِّ المال في مقابلة عمله، وإن قلنا إنها فاسدةٌ، فإن حصلت ثمرةٌ كانت لربها، وللعامل أجرةُ المثل، وإن لم تحصلْ ثمرةٌ كانت أجرة المثل أيضًا؛ لأنه ما دخل في العقد إلا بشرط العوض.

وأما المسألةُ الرابعةُ فهي إذا ساقاه علىٰ أن يكونَ نصف الودي ونصف الثمرة للعامل كانت المساقاة باطلة؛ لأن مقتضاها أن يشاركَ العاملُ ربَّ المال في الفائدة دون الأصل، فإذا شرط المشاركة في الأصل كان ذلك مخالفًا لمقتضاه، فإذا ثبت أنها فاسدةٌ، فالثمرة لصاحب الأصل والأجرة للعامل؛ لأنه دخل بشرط العوض.

---

(١) المزرعة التي ليس فيها بناء ولا شجر، فهي الأرض الخالية من الزراعة.

والمسألة الخامسة إذا كان الودي مقلوعةً غير مغروسةٍ، فساقاه فيها بشرط أن يغرسها كانت المساقاة باطلةً؛ لأنه ساقاه علىٰ أصولٍ غير ثابتة، ومِن شَرْطِ المساقاة أن تكون الأصولُ ثابتة؛ لأن المساقاة علىٰ الزروع لا تصح مع أنها ثابتة في الأرض، فأولىٰ أن لا تصح في الغراس إذا كان مقلوعًا.

إذا ثبت هذا، فإن الثمرة تكون لصاحبها، وأما العاملُ فهل يكون له أجرة المثل أم لا؟ نُظِرَ، فإن كان وقَّتَ وقتًا في مثلها يتم فله الأجرة؛ لأنه شرط العوض، وإن كان وقَّتَ وقتًا في مثله لا تثمر، فعلىٰ قول المزني لا أجرة له، وعلىٰ قول أبي العباس له الأجرة.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال ﷺ: (وإِنْ اخْتَلَفَا بَعْدَ أَنْ أَثْمَرَتِ النَّخيلُ عَلَى مُسَاقَاةٍ صَحِيحَةٍ، فَقَالَ رَبُّ النَّخيلِ: عَلَى الثُّلُثِ، وَقَالَ الْعَامِلُ: بَلْ عَلَى النِّصْفِ، تَحَالَفَا وَكَانَ لَهُ أَجْرَةُ مِثْلِهِ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ - كَانَ أَكْثَرَ مِمَّا أَقَرَّ لَهُ بِهِ رَبُّ النَّخْلِ أَوْ أَقَلَّ - فَإِنْ كان أَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْبَيِّنَةَ عَلَى مَا ادَّعَى سَقَطَ وَتَحَالَفَا)[1].

وهذا كما قال.. إذا اختلف العاملُ وربُّ المال - بعد أن أثمرت النخيل - في قدر ما شرط العامل، فقال ربُّ المالِ «الثلثُ»، وقال العاملُ «النصف»، ولم يكن لواحدٍ منهما بينةٌ؛ تحالفا؛ لأنهما متعاقدان اختلفا في قدر العوض المستحق بالعقد، فوجب أن يتحالفا كالمتبايعين، فإذا تحالفا وقلنا إنه ينفسخ علىٰ القولين بنفس التحالف - أو يفسخ بعد ذلك - ففسخ كانت الثمرة لصاحبها، وللعامل أجرة المثل، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر رُدَّتِ اليمين علىٰ الحالف، وثبتتْ دعواه.

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٥).

وإن أقام أحدُهما بينةً حُكم له بها بما يدعيه، وإن أقام كلُّ واحدٍ منهما بينةً تعارضا، وفي التعارض قولان، **أحدهما**: تسقطان، فعلىٰ هذا كأن لم تكن بينة، ويتحالفان علىٰ ما ذكرنا، **والثاني**: تستعملان.

وفي كيفية الاستعمال ثلاثة أقاويل، **أحدها**: يوقف الأمر، **والثاني**: يقسم، **والثالث**: يقرع بين البينتين، فتقدم إحداهما بالقرعة، ولا يجيء ها هنا الوقف؛ لأن عند الشافعي لا توقف العقود، ولا يصح عنده عقدٌ موقوفٌ، ولا تجيء القسمة أيضًا؛ لأن العوض والعقد لا ينقسم، فلم يبق إلا الإقراع، فيقرع بينهما.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ دَفَعَا نَخْلًا إِلَى رَجُلٍ مُسَاقَاةً، فَلَمَّا أَثْمَرَتْ اخْتَلَفا، فَقَالَ الْعَامِلُ: شَرَطْتُمَا لِي النِّصْفَ، فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا وَأَنْكَرَ الْآخَرُ، كَانَتْ لَهُ مُقَاسَمَةُ الْمُقِرِّ فِي نِصْفِهِ - عَلَى مَا أَقَرَّ بِهِ - وَيَتَحَالَفُ هُوَ وَالْمُنْكِرُ، وَلِلْعَامِلِ أُجْرَةُ مِثْلِهِ فِي نِصْفِهِ)[١].

وهذا كما قال.. إذا ساقيا رجلًا في نخل بينهما نصفين، فلما أثمرت اختلفا، فقال العامل: «شرطتما لي النصف»، فصدَّقه أحدهما وكذَّبه الآخر؛ قاسم الذي صدقه نصيبه نصفين، فيحصل له ربع الثمرة، ويُنْظَرُ، فإن كان عدلًا وشهد له علىٰ صاحبه بما يدعيه حلف معه، وإن لم يشهد وقال: «أنا شرطتُ لك النصف ولا أدري ما شرطه صاحبي»، أو كان فاسقًا تحالفا، ويكون حُكْمه - مع الشريك الذي كذبه - كالحُكْم في المسألة قبلها إذا اختلف المساقي والعامل، وقد مضىٰ ذلك مشروحًا، والله أعلم بالصواب.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٥).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ شَرَطَ مِنْ نَصِيبِ أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ النِّصْفَ، وَمِنَ الْآخَرِ بِعَيْنِهِ الثُّلُثَ جَازَ، فَإِنْ جَهِلَا ذَلِكَ لَمْ يَجُزْ وَفُسِخَ فَإِنْ عَمِلَ عَلَى ذَلِكَ فَلَهُ أُجْرَةُ مِثْلِهِ، وَالثَّمَرُ لِرَبِّهِ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ)[١].

وقد تقدمت هذه المسألة مشروحة[٢].

• فَصْلٌ •

اختلف أصحابُنا في العامل متى يملكُ حصته من الثمرة على طريقين، فمنهم من قال كالقراض على قولين، أحدهما: يملكه بالظهور، والثاني: لا يملكه إلا حين المفاصلة، ومِن أصحابِنا مَن قال: يملكه بالظهور، قولًا واحدًا.. والفرقُ بينهما أن الفائدة في هذه المسألة لم تُجعل وقايةً للأصل، ولو أن النخيل تقصَّفت لم تجبر بالثمرة، وليس كذلك المضاربة، فإن الربح فيها جُعل وقايةً لرأس المال، فإنه إن ذهب منه شيءٌ جُبر بالربح.

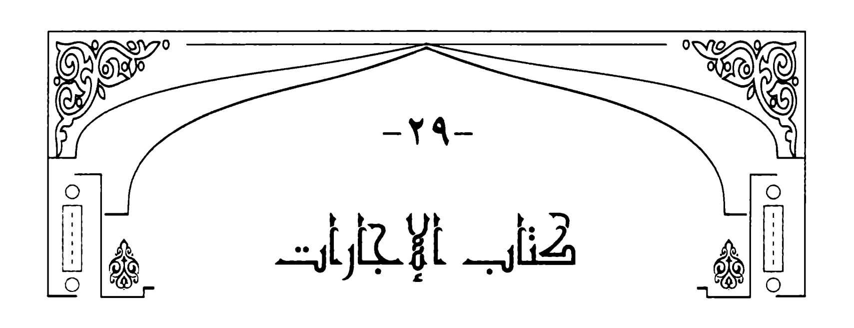
إذا ثبت هذا، وقلنا إنه يملكه بالظهور، فإنه يُنظر، فإن كان حصةُ كلِّ واحدٍ منهما تبلغ خمسة أوسقٍ وجبت الزكاةُ على كلِّ واحدٍ منهما في حصته، وإن كان لا يبلغُ مجموعها خمسة أوسق لم تجب الزكاة فيه، وإن كان مجموعها يبلغ خمسة أوسق، فإن قلنا إن للخلطة تأثيرًا فيما عدا المواشي؛ وَجَبَ العُشر، وإن قلنا على القول الآخر، وأنه لا تأثير للخُلطة فيها؛ فلا عشر فيها، والله أعلم بالصواب.

يليه كتاب الإجارات

---

(١) تقدم ذلك (ص ١١٣).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٣).



-٢٩- كتاب الإجارات

الأصل في جوازه الكتابُ والسنةُ والإجماعُ والعبرةُ.

فأما الكتابُ:

فقوله تعالىٰ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، فأحال الإجارة علىٰ الإرضاع، ونبَّه علىٰ جواز سائر الإجارات؛ لأن اللبن يقلُّ ويكثر، وشربُ المولود يختلفُ فيقل ويكثر، فإذا جاز ذلك مع كثرة الغرر، كان جوازه مع قلة الغرر أولىٰ، واختلف أصحابُنا فيه:

فمنهُم مَن قال: تقعُ الإجارةُ علىٰ الحضانة والخدمة، واللبن تابعٌ؛ لأن العين لا تملك بالإجارة، ولهذا لا تجوز إجارة البئر لاستقاء مائها، ولا تجوز إجارة الشجرة لأخذ ثمرتها، ويجوز أن تملك علىٰ طريق التبع، كما إذا استأجر دارًا استعمل ماء البئر علىٰ طريق التبع.

ومنهُم مَن قال: تقعُ الإجارةُ علىٰ اللبن؛ لأنه هو المقصود بهذا العقد، ولا يجوز أن يكون المقصودُ تابعًا، ويجوزُ أن تستباح به عين اللبن للحاجة إليه، ولأن أصل الإجارة إنما أجيز للحاجة إليه، ويفارق استئجار الثمرة وبئر

الماء؛ لأنه لا حاجة إلىٰ ذلك.

وأيضًا قول الله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَبَتِ ٱسْتَـْٔجِرْهُ ۖ إِنَّ خَيْرَ مَنِ ٱسْتَـْٔجَرْتَ ٱلْقَوِىُّ ٱلْأَمِينُ ﴿٢٦﴾ قَالَ إِنِّىٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَٰتَيْنِ عَلَىٰٓ أَن تَأْجُرَنِى ثَمَٰنِىَ حِجَجٍ ۖ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِندِكَ﴾.

وروىٰ ابنُ عباس رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا أن النبي ﷺ قال: «[سألتُ جبريلَ][1] أيُّ الأجليْنِ قَضَى مُوسى؟ قال: أتمُّهما وأكملُهُما»[2]، وهذا يدلُّ علىٰ جواز الإجارة؛ لأن موسىٰ عَلَيْهِ السَّلَامُ أجر نفسه بأجرةٍ هي بُضع الزوجة.

وأيضًا قولُه تعالىٰ: ﴿فَوَجَدَا فِيهَا جِدَارًا يُرِيدُ أَن يَنقَضَّ فَأَقَامَهُۥ ۖ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾.

فإن قيل: هذا وما قبله حكاية عن شرع من كان قبلنا، فلا حجة فيه. **قلنا**: شريعة من كان قبل نبينا ﷺ واجبة علىٰ أمته إلا أن يرد النسخ، فسقط السؤال.

وأما السنةُ:

فما روي عن أبي هريرة رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عن النبي ﷺ قال: «**أعْطُوا الأجِيرَ أجرَه**[3] **قبلَ أن يجفَّ عرقُهُ**»[4]، وعن أبي هريرة أيضًا رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عن النبي ﷺ قال: «**قال ربُّكم: ثلاثةٌ أنا خصمُهُم يومَ القيامةِ ومَن كنتُ خصمَه خصمتُه؛ رجلٌ أعطى بي عهدًا ثم غَدَر، ورجلٌ باع حرًّا وأكَلَ ثمنَهُ، ورجلٌ استأجَرَ أجِيرًا فاستَوْفَىٰ منه**

---

(١) زيادة من عندنا.

(٢) أخرجه الحميدي (٥٤٥)، وأبو يعلىٰ (٢٤٠٨)، والحاكم (٣٥٣٢)، والبيهقي في الزهد الكبير (٤٤٢).

(٣) زيادة من عندنا.

(٤) أخرجه ابن ماجه (٢٤٤٣)، وأبو يعلىٰ (٦٦٨٢)، والطحاوي في مشكل الآثار (٣٠١٤).

ولم يُوفِّه أجْرَه»[١]، وعن النبي ﷺ: قال «**مَن استأجَرَ أجِيرًا فلْيُعلِمْه أجْرَه**»[٢]، وعنه ﷺ قال: «**مثلُكُم ومثلُ أهل الكِتابينِ مثلُ رجلٍ استأجَرَ أُجرَاءَ**»[٣]، الحديث، ولا يضرب النبيُّ ﷺ المثَلَ إلا بما يجوز.

وأما الإجماعُ:

فما روي أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه استقىٰ[٤] ليهودي سِجالًا، كل سَجْلٍ بتمرةٍ[٥]، وروي أن أبا هريرة أجَّر نفسه من بنت غزوان[٦]، وأن عبد الرحمن بن عوف استأجر أرضًا فلم تزل في يده إلىٰ أن مات، وأوصىٰ بأنه استأجرها وأمر بردها علىٰ صاحبها وما بقي عليه من أجرتِها[٧]. ولا يُعرف لهم مخالفٌ في ذلك.

وأما العبرةُ:

فهو أن بالناس حاجةً إلىٰ منافع الظهور والمنازل والآدميين، ولا يجوز إجبارُهم علىٰ بذلها من غير عوضٍ، فوجب أن يكون بذلها بعوضٍ جائزًا، ويكون ذلك بمنزلة الأعيان.

إذا ثبت هذا، فإن الإجارة مشتقةٌ من الأجر، والأجرُ: ثوابُ العمل وعوضه، ولهذا سمي ما أثاب الله تعالىٰ به عباده من الثواب علىٰ أعمالهم أجرًا.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٢٧).

(٢) أخرجه البيهقي (١١٦٥١).

(٣) أخرجه البخاري (٢٢٦٨).

(٤) في (ص): «أنه استقىٰ».

(٥) أخرجه الترمذي (٢٤٧٣) وابن ماجه (٢٤٤٦) والبيهقي (١١٦٤٩).

(٦) أخرجه ابن ماجه (٢٤٤٥).

(٧) أخرجه مالك (٢/ ٧١٢) بلاغًا، ومن طريقه البيهقي (١١٦٤٨).

والإجارةُ جائزةٌ بإجماع الفقهاء، ولا يُعرف فيها خلاف، إلا ما حكي عن الأصم[١] بأنه قال: لا يجوز؛ لأن ذلك بيع ما لم يُخْلق، فهو بمنزلة بيع ثمرة قبل خلقها، وبيع نتاج لم يخلق.

وهذا غلطٌ، لما ذكرنا من الكتاب والسنة والإجماع والعبرة.

فأما الجوابُ عن قوله إنه بيع ما لم يُخلق، فينتقض بعقد النكاح وعقد القراض، وعلىٰ أن المعنىٰ في الأصل أنه يجوز العقدُ عليه بعد وجوده، فلم يجز قبله، ولا يجوز العقد علىٰ المنافع بعد وجودها؛ لأن وجودها تلفها وفناؤها، فجاز العقد عليها قبل وجودها.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (وَالْإِجَارَاتُ صِنْفٌ مِنْ الْبُيُوعِ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِيكٌ مِن كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ وَكَذَلِكَ تمْلِيكُ الْمُسْتَأْجِرِ الْمَنْفَعَةَ الَّتِي فِي الْعَبْدِ وَالدَّارِ وَالدَّابَّةِ إِلَى الْمُدَّةِ الَّتِي اشْتَرَطَ حَتَّى يَكُونَ أَحَقَّ بِهَا مِنْ[٢] مَالِكِهَا، وَيَمْلِكُ بِهَا صَاحِبُهَا الْعِوَضَ فَهِيَ مَنْفَعَةٌ مَعْقُولَةٌ مِنْ عَيْنٍ مَعْرُوفَةٍ، فَهِيَ كَالْعَيْنِ الْمَبِيعَةِ)[٣].

وهذا كما قال.. الإجارةُ نوعٌ من البيوع؛ لأن المنافع بمنزلة الأعيان، يدلُّ علىٰ ذلك أنه يجوزُ تمليكها في حال الحياة وبعد الموت، ويضمن باليد والإتلاف، كالأعيان سواء، والإجارةُ تمليكُها بمالٍ معين مشاهد - أو معلوم في الذمة - كالبيع.

---

(١) عبد الرحمن بن كيسان أبو بكر الأصم المعتزليّ.

(٢) ليست في (ف).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٥).

وتحريرُ ذلك أنه تمليكٌ معلومٌ بمالٍ معلومٍ، فوجب أن يكون بيعًا، قياسًا علىٰ بيع العين، وليس إذا اختص باسم الإجارة لم يكن بيعًا، كما أن السَّلَمَ والصرف والصلح والكتابة بيوعٌ، وإن اختص كلٌّ واحدٍ منهما باسمٍ لاختصاصه بمعنىٰ لا يشاركه فيه غيره، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

إذا تقرر ما ذكرناه فإنه لا يجوزُ لأحدِهما فسخُه لعذرٍ في نفسه، وقال أبو حنيفة في المُكْرِي مثل قولنا، وقال في المُكْتَرِي[1]: يجوز له فسخُه لعذر في نفسه، مثل أن يكتري رجلًا ليحج، ثم يمرض في وقت الخروج فلا يتمكن من الركوب، أو يكتري دكانًا ليبيع فيه بزًّا فيحترق بزُّه، وما أشبه ذلك.

واحتج من نصره بأن العذر معنىٰ تعذر به استيفاء المنفعة المعقود عليها، فوجب أن يثبت به الفسخ، كما إذا استأجر عبدًا فأبق، فإن للمكتري أن يفسخ العقد، وأيضًا فلو ألزمناه العقد مع العذر الذي حدث به لألزمناه ضررًا لم يتضمنه العقد، وذلك لا يجوز، كما لو استأجره ليقلع سِنه، فهدأ الوجع وسكن الألم كان له فسخ العقد، فكذلك هذا.

ودليلُنا قوله تعالىٰ: ﴿**يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ**﴾ وهذا عقدٌ فوجب الوفاء به، وقوله ﷺ: «**المؤمِنون عِنْدَ شُروطِهم**»[2].

ومن جهة المعنى أنه عقد معاوضةٍ محضةٍ، يلزم في أحد الموضعين، فوجب أن يلزم في الطرف الآخر كالبيع.

وقولنا (معاوضة) احترازٌ من الرهن؛ لأنه جائزٌ من جهة المرتهن، ولكنه

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٥).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤) والترمذي (١٣٥٢) عن عمرو بن عوف رضي الله عنه.

ليس بمعاوضةٍ.

وقولنا (محضة) احترازٌ من الكتابة؛ لأنها جائزةٌ من جهة العبد، غير أنها ليست بمحضةٍ؛ لأن القصدَ تحصيلُ العتق للعبد واكتساب الثواب؛ لأنه يعقد علىٰ ماله بماله، ولو شاء أمسكه واستوفىٰ كسبه.

فإن قيل: هذا يُنتقض بالنكاح، فإنه جائزٌ من جهة الزوج.

فالجوابُ: أن الطلاق ليس بفسخٍ، وإنما هو إزالة للملك، كما يعتق العبد، فيزول ملكه بذلك، ولا يقال أنه فسخٌ للعقد، علىٰ أنا قلنا (محضة)، والنكاح ليس بعقد معاوضةٍ محضةٍ؛ لأنه ينعقد بلا مهرٍ، ويقصد به الأُلْفة والمصاهرة والنسب، وأيضًا فإنه عقدٌ لازمٌ لا يجوز فسخُه لغير عذرٍ، فلم يجز فسخه لعذرٍ في غير المعقود عليه كالبيع، وهذا العذر الذي اختلفنا فيه عذرٌ في أحد المتعاقدين، وليس بعذرٍ في المعقود عليه.

وأيضًا فإنَّا أجمعنا علىٰ أن المُكْرِي لو حدث به مثل ذلك العذر فأكرىٰ داره ليخرج إلىٰ بلدٍ آخرٍ، ثم أنه مرِض - أو سبقته القافلة فتخلف - لم يكن له أن يفسخ الإجارة لذلك العذر، كذلك المكترىٰ له؛ لأن العقود مبنيةٌ علىٰ التسويةِ بين المتعاقدين في الحقوقِ التي تثبت بها، فلو ثبت ذلك للمكتري لثبت للمكري مثله.

فإن قيل: إنما يجعل للمكري الفسخ لذلك العذرِ؛ لأنه يمكنه أن يكتري موضعًا آخر يسكنه إلىٰ أن تنقضي مدة الإجارةِ !

قلنا: وكذلك في مسألتنا، إذا مرِض أمكنه أن يستوفي المنافع بِمن يقوم مقامه - وهو أن يكريه إنسانًا آخر، فكذلك هذا.

فأما الجوابُ عن قياسِهم الأول فمِن ثلاثةِ أوجهٍ:

أحدها: أنا لا نسلِّم أنه تعذر استيفاء المنفعةِ بذلك؛ لأنه يمكنه أن يكريه

إنسانًا آخر، كما يمكنه أن يبيع الدابة إذا اشتراها للسفرِ فعرضت له عِلةٌ.

والثاني: أنه يبطل عليهم به إذا اشترىٰ دابةً ليركبها فمرِض، أو اشترىٰ نعلًا ليلبسها يوم العيدِ فنزل المطر، أو لم يمكن المشي في النعلِ، فإنه يتعذر عليه الاستيفاء، ومع هذا لا يثبت له الفسخ.

والثالث: أن المعنىٰ في الأصلِ - وهو العبد الآبق - أن ذاك العذر في المعقودِ عليه، كما لو اشترىٰ عبدًا فَأبق أو مرِض قبل القبض ثبت له الخيار، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنه عذرٌ في غيرِ المعقودِ عليه، فلم يملك به الفسخ، كما قلنا في أصلِ علتنا.

وأما الجوابُ عن قياسِهم على قلعِ السِّنِ، فهو أنه إذا استأجره لقلعِ ضِرسِه، ثم هدأ الوجع، فإنه ينفسخُ العقد، كما لو استأجره ليخيط ثوبًا بعينِه، فاحترق الثوب؛ انفسخ العقد؛ لأن العمل فات، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن العمل ما فات، ويمكنه أن يقعد في الدكانِ ويتجر فيه تجارةً أخرىٰ.

وإن كان الوجعُ لم يزل، ولكنه بدا له مِن قلعِه، قلنا له: أنت بين أمرين، إما أن تستعمله في قلعِ الضرسِ أو تدفع إليه الأجرة، فإن امتنع ومضت المدة التي أمكنه أن يستعمله فيها في القلعِ فلم يفعلْ استقرت عليه الأجرة، كما لو استأجر دارًا شهرًا ولم يسكنها حتىٰ مضت المدة، فإنه يستحقُّ عليه أجرة الشهرِ، فكذلك ها هنا، يستحقُّ عليه أجرة قلعِ الضرسِ، والله أعلم.

♦ مَسْألَةٌ ♦

♦ قال الشافِعِيُّ رحمه الله: (وَكَذَلِكَ يَمْلِكُ الْمُسْتَأْجِرُ الْمَنْفَعَةَ الَّتِي فِي الْعَبْدِ وَالدَّارِ وَالدَّابَّةِ إِلَى الْمُدَّةِ الَّتِي اشْتَرَطَ)[١].

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٥).

وهذا كما قال.. إذا عقد الإجارة لم يخْلُ حالُ العِوضِ مِن أربعةِ أحوالٍ، إما أن يشتَرطا تعجيله، أو تأجيله، أو يطلِقاه، أو يشتَرطا تنجيمَه، فإن شرطا تأجيله كان مؤجَّلًا، وإن شرطا تعجيله كان مُعَجَّلًا، وإن شرطا تنجيمه - وهو أن يعيِّنا لكل شهرٍ قدرًا يحل عند مضِيه كان منجَّمًا، وإن أطلقاه كان معجَّلًا.

وقال أبو حنيفة: لا يكون معجَّلًا، ويرجعُ الإطلاق إلىٰ التأجيلِ، وتحل الأجرة يومًا فيومًا، وكان القياس يقتضي أن تحل جزءًا فجزءًا، أو ساعةً فساعةً، فكما يمضي جزءٌ مِن المنفعةِ يحل جزءٌ مِن الأجرةِ في مقابلتِه، ولكنه يتعذر، فجعِل يومًا فيومًا، فإذا مضىٰ يوم كان له المطالبة مِن الأجرةِ بقدرِ ما يقابل اليوم منها.

وقال سفيان الثوري: تتأجل إلىٰ آخر المدةِ.

واحتج من نصر ذلك بقولِه تعالىٰ: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]، فأمر بالإيتاءِ بعد الفراغِ مِن الإرضاعِ، فدل علىٰ أنه يتأجل، وقوله ﷺ: «**أعْطُوا الأَجيرَ أَجْرَه قَبْلَ أنْ يَجِفَّ عَرَقُه**»[١] ولأن المنافع غير مملوكةٍ؛ لأنها لم تُخْلق بعد، وما لم يُخْلق بعد فإنه لا يملك حتىٰ يخلق، كالثمرةِ والحملِ، فإنهما لا يُمْلكان قبل الخلقِ.

فإذا ثبت ذلك، قلنا: كلُّ عقدٍ لا يُملك فيه العوض في أحدِ الطرفين وجب أن لا يُملك فيه العوض في الطرفِ الآخر، كالعقدِ الفاسدِ، ولأن المُكْرِي لو كان قد ملك الأجرة واستحقها لكانت تستقر له إذا قبضها، وقد

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٤٤٣)، وأبو يعلىٰ (٦٦٨٢)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (٣٠١٤).

أجمعنا علىٰ أنها لا تستقر إذا قبضها؛ لأن الدار إذا انهدمت وجب رد الأجرةِ.

ودليلُنا أنه عِوضٌ في عقدٍ يتعجل إذا شُرِط تعجيلُه، فوجب أن يتعجل إذا أُطلق، كالثمن في البيعِ، وأيضًا فإنه عوض منفعةٍ، لم يُشترط تأجيلُه فوجب أن يتعجل بمطلقِ العقدِ، كالمهرِ في النكاحِ.

فإن قيل: لا نسلِّم أن المهر عوضُ منفعةٍ؛ لأنه ليس في مقابلةِ الاستمتاعِ، وإنما هو في مقابلةِ الاستباحةِ الحاصلةِ بالنكاحِ !

فالجوابُ: أن المهر في مقابلةِ الاستمتاعِ، ألا ترىٰ أنها إذا مكَّنت مِن نفسِها وجب تسليمُ المهرِ إليها، وإذا لم تمكنه لم يجبْ تسليمُ المهرِ إليها، ولو كان ذلك في مقابلةِ الاستباحةِ لوجب تسليمُه إليها وإن لم يمكن الاستمتاع؛ لأن الاستباحة حاصلةٌ مع ذلك.

وأيضًا فإنه إذا قبض الدار المستأجرة، فهو قبضٌ تعلَّق به جوازُ التصرفِ في المعقودِ عليه، فجاز أن يتعلق به استحقاق المطالبةِ - كالبيعِ - ولا يلزم عليه إذا شرط التأجيل لأنا عللنا للجوازِ، فلا تلزم علىٰ علتِنا أعيان المسائلِ.

وأيضًا فإن منافع الأعيان - عند تسليم الأعيان - بمنزلةِ الأعيان المقبوضةِ، والعقد عليها بمنزلةِ العقدِ علىٰ الأعيان الحاضرةِ، ألا ترىٰ أنه يجوز العقد عليها قبل أن تُخْلق، وإذا قبض الأعيانَ المستأجرةَ كان له أن يكرِيَها، وتجوز إجارتُها بأجرةٍ مؤجلةٍ، فلو لم تكن بمنزلةِ الأعيان الحاضرة كان ذلك بيع الدينِ بالدينِ والكالئ بالكالئ[1]، ولم يجز ذلك العقد، فلما أجمعنا علىٰ جوازِه دل علىٰ ما ذكرنا، وإذا ثبت أنها بمنزلةِ الأعيان الحاضرة وجب تسليمُ الأجرةِ بتسليمِ العينِ المستأجرةِ، كما يجبُ

(١) الكالئ بالكالئ هو بيع الدين بالدين، وهو منهي عنه لما فيه من الغرر وعدم التقابض.

تسليمُ الثمنِ بتسليمِ المثمنِ.

فأما الجوابُ عن الآيةِ: فمِن وجوهٍ:

أحدها: أن اللفظ يقتضي أن الإيتاء يجب إذا أرضعن، ولا يدل علىٰ أنه لا يجب قبل الإرضاعِ إلا مِن حيث دليلُ الخطابِ، وأنتم لا تقولون به.

والثاني: أنا نحمله عليه إذا شرط تأجيل الأجرةِ.

والثالث: أن الآية راجعةٌ إلىٰ ما قبل الإرضاعِ، والدليلُ عليه قوله تعالىٰ: ﴿وَإِن تَعَاسَرۡتُمۡ فَسَتُرۡضِعُ لَهُۥٓ أُخۡرَىٰ﴾، [الطلاق: ٦] وإنما يكون التعاسر قبل الفراغِ مِن الرضاعِ، فإذا كان كذلك: كان معنىٰ قولِه ﴿فَإِنۡ أَرۡضَعۡنَ لَكُمۡ﴾ [الطلاق: ٦] فإن بذلن لكم الإرضاع، كما[1] قال الله تعالىٰ: ﴿حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ وَهُمۡ صَٰغِرُونَ﴾ وأراد به حتىٰ يبذلوا الجزية عن يد، وهم صاغرون [التوبة: ٢٩].

وأما الجوابُ عما احتجوا به مِن الخبرِ، فهو أنه حجةٌ عليهم؛ لأنه إذا أخذ في العملِ فقد عرق، فينبغي أن يستحق التسليم، وعلىٰ أن المراد به إذا كان مؤجلًا.

وجوابٌ آخر، وهو أن النبيَّ ﷺ إنما قصد بذلك الحثَّ علىٰ تقديم تسليمِ الأجرةِ، بدليل أنه لا اعتبار بالعرقِ ولا بجفافِه، وإذا كان المرادُ به الحث علىٰ تقديم الأجرةِ لم يكن فيه دليلٌ لهم.

وأما الجوابُ عن قياسِهم على البيعِ الفاسدِ، فمِن وجوهٍ، **أحدها**: أن المنافع - وإن كانت لم تُخْلق بعد - فإنها تجري مجرىٰ المخلوقةِ المملوكةِ، بدليل أنه يجوزُ عقدُ الإجارةِ عليها، ولو لم يكن كذلك لم يجز العقدُ عليها قبل أن تُخلق كما لا يجوز العقدُ علىٰ الثمرة قبل أن تُخلق،

(١) ملحق بحاشية (ص) ومصحح.

وعلىٰ النتاجِ قبل أن يُخلق، ثم إنه يبطل به إذا شرط التعجيل، فإنه يملك الأجرة، وإن كانت المنافع لم تُخلق ولم تُملك، ويبطل بالنكاحِ؛ لأن المرأة تملك الصداق - وإن كان الزوج بعد ما ملك الاستمتاع بها - لأن الاستمتاع إنما يُملك بخروجِه إلىٰ الوجودِ شيئًا فشيئًا - علىٰ قولِهم.

فإن قالوا: ذلك صار في معنىٰ المملوكِ بالعقدِ، **قلنا:** وهكذا المنافعُ صارت في معنىٰ المملوكةِ بالعقدِ.

ثم المعنىٰ في العقدِ الفاسدِ أنه لا يملِك به العوض - وإن شرط تعجيله - فلم يملكْ به إذا أطلق، وليس كذلك في مسألتِنا؛ لأن الأجرة إذا شُرِط تعجيلها ملكت، فكذلك إذا أطلِقت.

وأما قولهم إنه لو ملكها لاستقرت له بالقبضِ، فيبطل به إذا شرط التعجيل؛ لأنها لا تستقر له ويملكها، وكذلك المهر لا يستقر لها وتملكه، وكذلك علىٰ قولِهم ثمن العبدِ المرتدِّ والقاتل، لا يستقر ويملك.

• فَصْلٌ •

إذا استأجره بأجرةٍ معينةٍ جزافًا، فقد اختلف أصحابُنا في ذلك:

فمنهُم مَن قال علىٰ قولين، كما قلنا في رأس المالِ في السلمِ إذا كان جِزافًا؛ لأن كلَّ واحدٍ مِن العقدين يراعىٰ بسلامةِ المعقودِ عليه.

ومنهُم مَن قال: يصح قولًا واحدًا؛ لأن المنافع تجري مجرىٰ الأعيان، ولهذا جاز العقدُ عليها قبل أن تخلق، وإذا اشترىٰ عينًا بثمنٍ جزافٍ مشاهدٍ صح، فكذلك هذا.

وأما القراضُ فلا يجوز أن يكون المالُ فيه جِزافًا بلا خلاف، وقد بينا الفرق بينهما فيما مضىٰ فأغنىٰ عن الإعادةِ، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ[١] ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (فَإِن قَبَضَ الْعَبْدَ، فَاسْتَخْدَمَهُ، أَوْ الْمَسْكَنَ فَسَكَنَهُ، ثُمَّ هَلَكَ الْعَبْدُ وانْهَدَمَتِ الدَّارُ؛ حَسَبَ قَدْرَ مَا اسْتَخْدَمَ وَسَكَنَ، فَكَانَ لَهُ رَدُّ قَدْرِ مَا بَقِيَ)[٢].

وهذا كما قال.. إذا استأجر بهيمةً أو عبدًا وتلف المستأجَرُ؛ لم يخْلُ ذلك مِن أربعةِ أحوالٍ، إما أن تتلف بعد مضي المدةِ، أو عقيب العقدِ في يدِ المُكْرِي أو عقيب العقد في يد المُكْتَرِي، أو بعد مضي بعضِ مدةِ الإجارةِ.

فإن كان التلفُ بعد مضي المدةِ لم يؤثر ذلك في العقد؛ لأنه تلف بعد استيفاءِ المعقودِ عليه، فهو كما لو باع منه سلعةً وتسلمها ثم تلفت في يدِه، فإن ذلك لا يؤثر في البيعِ، فكذلك هذا.

وإن كان التلفُ في يدِ المُكْتَرِي عَقِيب العقدِ انفسخ العقد؛ لأن المعقود عليه قد تلف قبل القبضِ، فهو كالسلعةِ المبيعةِ تتلف في يدِ البائعِ قبل القبضِ.

وإن كان التلفُ عَقِيب القبضِ في يدِ المُكْتَرِي انفسخ العقد، وقال أبو ثور: لا ينفسخ؛ لأنه تلف بعد القبضِ المستحق بالعقدِ، فهو كالمبيع إذا قبضه ثم تلف.

ودليلُنا أن المنفعة تلفت قبل مضِي المدةِ، فوجب أن ينفسخ العقد، كما لو كان التلفُ في يدِ المُكْرِي قبل القبضِ.

وأما الجوابُ عن قياسِه على المبيعِ المقبوضِ، فهو أن المنافع لم تقبض؛

---

(١) زيادة من عندنا فقط.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٥).

لأنها غير موجودة، وإنما أُجريت مجرىٰ المقبوضِ في جوازِ التصرفِ حسب، فإذا تلفت قبل مضِي المدةِ فكأنها تلفت في يدِ المُكْرِي، وينفسخ العقد، وفي البيعِ قد قبض العينَ التي وقع العقد عليها، فإذا تلفت بعد ذلك لم يؤثر في العقدِ.

وأما إذا كان التلفُ بعد مضِي بعض المدةِ - مثل أن يكون قد مضىٰ نصف المدةِ ثم تلف - انفسخ العقدُ فيما بقِي، وهل ينفسخ فيما مضىٰ؟ اختلف أصحابنا علىٰ طريقين، منهُم مَن قال لا ينفسخ فيه، قولًا واحدًا، ومنهُم مَن قال: فيه قولان؛ أحدهما: ينفسخ، والثاني: لا ينفسخ.

وأصل هذا إذا باع عبدين، فتلف أحدهما قبل القبضِ انفسخ البيع في التالفِ، وفي الباقي علىٰ طريقين.

وكذلك إذا صارفه في عشرةِ دنانير بمائة درهم، فتقابضا النصف مِن كل واحدٍ منهما، ثم تفرقا قبل تقابض الباقي انفسخ العقدُ فيما لم يقبض.

وهل ينفسخ في الباقي؟ علىٰ طريقين؛ مِن أصحابِنا مَن قال يُجعل الهلاك الطارئ بمنزلةِ الموجودِ، فيكون علىٰ قولين، ومنهُم مَن قال نجعلُه في حكمِ الموجودِ، ويفرق بين الطارئِ والموجودِ.

إذا تقرر هذا، فإن قلنا العقدُ ينفسخ فيما مضىٰ، رجع عليه بأجرةِ المثلِ في مقابلةِ ذلك.

وإن قلنا لا ينفسخ، ثبت له الخيار؛ لأن الصفقة تبعضت عليه، فإن اختار الفسخ فالحُكمُ فيه كما لو انفسخ، وإن اختار البقاءَ علىٰ العقد، نُظِر، فإن فاتت الأجرةُ لم تختلف في تلك المدةِ - وقد مضىٰ نصفُ المدةِ مثلًا - لزمه ما مضىٰ بنصفِ الأجرةِ.

وإن كانت الأجرة تختلف - مثل أن تكون أجرة المدةِ الماضية عشرةً،

وأجرة ما بقىٰ خمسةً كان عليه مِن الأجرةِ الثلثان.

وإن كان بخلاف ذلك فعليه الثلث، فيقسط المسمىٰ علىٰ قدرِ أجرةِ المثلِ، كما يقسط الثمن علىٰ قدرِ المثمن.

هذا كلُّه في العبدِ يتلف، وأما إذا كان قد أجره دارًا ثم انهدمت، ففيه تلك المسائل الأربع التي ذكرناها في العبد، وقد اختلف أصحابُنا فيه:

فمنهُم مَن قال: إن حكم الدارِ - إذا انهدمت - كحكم العبدِ إذا مات، علىٰ التفصيل الذي ذكرنا في العبدِ؛ لأن المقصودَ مِن الدارِ السكنىٰ والاكتنان مِن الحرِ والبردِ والتستر مِن الأعين، فإذا انهدمت الدار فات المقصود؛ هذا ظاهر قولِ الشافعي(١)؛ لأنه جمع بين العبدِ والدارِ وأطلق الحكم فيهما. ومِن أصحابِنا مَن قال: إذا انهدمت الدارُ قبل مضِي المدةِ لم ينفسخ العقد؛ لأن بعض المنافعِ قد بقي، فيمكنه أن يضرب خيمةً في العرْصة ويسكنها حتىٰ تمضي المدة، ويكون ذلك الانهدامُ بمنزلةِ أن يميل منها حائطٌ أو ينكسر جذعٌ أو يكف سقفٌ، وما أشبه ذلك.

ويفارق العبدَ إذا مات؛ لأن جميع المنافع قد تلفت بموتِه ولم يبق شيءٌ منها، فعلىٰ هذا يكون المُكْرِي(٢) بالخيارِ؛ لأن الدار قد عابت.

فإن فسخ العقدَ كان الحُكْمُ فيما مضىٰ مِن المدةِ - كما لو انفسخ بنفسِه - وقد بينا ذلك، وإن اختار الإمساك فإنه يمسكه بجميع الأجرةِ؛ لأن المعقود عليه قد عاب.

فإذا جعلنا له الخيار وأمسك مع ذلك أمسكه بجميع العوضِ، كما قلنا في

---

(١) الأم (٣/ ٧٥).

(٢) في (ف): المكتري.

المبيعِ إذا أصاب به عيبًا كان بالخيارِ بين أن يرده وبين أن يمسكه بجميع الثمنِ.

ويفارق هذا العبدين إذا اكتراهما وتلف أحدُهما حيث قلنا إنه يأخذ الباقي بحصتِه مِن الأجرةِ؛ لأن هناك تلف بعضُ المعقودِ عليه، وها هنا - علىٰ هذا الوجه - لم يتلف شيءٌ مِن المعقودِ عليه، وإنما حدث فيه عيبٌ، فلهذا لم نجعل له إمساكه إلا بجميعِ العوضِ أو يرد، والله أعلم.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَا تنْفَسِخُ بِمَوْتِ أَحَدِهِمَا مَا كَانَتْ الدَّارُ قَائِمَةً، وَلَيْسَ الْوَارِثُ بِأَكْثَرَ مِنْ الْمَوْرُوثِ)[١].

وهذا كما قال.. عندنا لا تنفسخُ الإجارةُ بموتِ أحدِ المتعاقدين ولا بموتِهما معًا، وهو مذهبُ مالك، وأحمد، وإسحاق، وأبي ثور، والبتِّي[٢].

وقال أبو حنيفة والثوري: تنفسخ بموتِ أيهما كان، **واحتج من نصر مذهبهما** بأنه عقد علىٰ منفعة فوجب أن يبطل بموت من عقِد له، أصلُه: إذا أجر نفسه ثم مات، وأصلُه: النكاح أيضًا، والعارية إذا مات معيرها.

قالوا: ولأن بالموتِ تعذر استيفاءُ المعقودِ عليه علىٰ الوجهِ الذي تضمنه العقد، فوجب أن يبطل العقد؛ لأن الذي تضمنه العقدُ أن يستوفيها علىٰ ملكِ العاقدِ، وقد زال ذلك بموتِه وانتقل الملكُ إلىٰ غيره، وأيضًا فإنه لا يخلو إما أن يستوفيها علىٰ ملكِ الموروثِ أو علىٰ ملكِ الوارثِ، ولا يجوز أن يستوفيها علىٰ ملكِ الموروثِ لأنه زال ملكه بالموتِ[٣].

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٥).

(٢) عثمان بن سليمان بن جرموز، أبو عمرو، كان يبيع البتوت، وهي أكسية غليظة.

(٣) من هنا سقطت ورقة خطية من نسخة (ص).

ولا يجوزُ أن يستوفيها علىٰ ملكِ الوارثِ؛ لأنه لم تجرِ بينهما معاملة، وإذا بطل الأمران فليس إلا بطلان العقدِ.

ودليلُنا أن الأصل بقاء العقدِ وسلامته، فمن ادعىٰ بطلانه فعليه إقامة الدليلِ.

فإن قيل: الأصلُ أن العاقد لم يملك استيفاءَ المنافعِ بعد موتِ صاحبِه، فمن ادعىٰ أنه ملك ذلك فعليه إقامة الدليلِ!

فالجوابُ: أن الأصلَ استيفاءُ جميع المنافعِ بنفسِ العقدِ، فمن ادعىٰ زوال ذلك فعليه إقامة الدليلِ.

ومِن القياسِ أنه عقدٌ لازمٌ فوجب أن لا يبطل بموتِ العاقدِ مع سلامةِ المعقودِ عليه كالبيع.

وتأثيرُ قولِنا - مع سلامةِ المعقودِ عليه - في الرجلِ إذا أجر نفسه ثم مات، فإن العقد يبطلُ؛ لأن المعقودَ عليه قد تلف بموتِه، وتأثيرُه أيضًا في المكاتِبِ إذا مات، فإن العقد ينفسخ؛ لأن المعقودَ عليه قد تلف - وهو رقبته -.

فإن قيل: فهذا يبطلُ عليكم بوارثه إذا استأجر منه داره، ثم مات، وورَّثه الدارَ، فإن العقدَ ينفسخ بموتِه والمعقودُ عليه سالمٌ!

فالجوابُ: أن العقدَ لا يبطلُ بموتِه؛ لأن وارثه ملك المنافع بالعقدِ، وإنما ينتقل إليه بالموتِ ما يكون في ملكِ الميتِ، وتلك المنافع لم تكن في ملكِه حتىٰ مات فلم يرثها، وكان العقدُ بحالِه، وهذا كما لو اشترىٰ منه دارًا ثم مات لم يرث الدار ولم يبطل البيع؛ لأنه تملكها قبل الموتِ بالعقدِ، فكذلك منافع الدارِ.

ويدلُّ عليه أيضًا أن موروثه كان يملِك رقبة المستأجِرِ مستحقة المنفعةِ، فوجب أن تنتقل إلىٰ الوارثِ علىٰ تلك الحالةِ، الدليلُ عليه: إذا زوَّج أَمَته ثم

مات، فإنها تنتقلُ إلىٰ وارثِه مستحقة الاستمتاع، وأيضًا ما ذكره الشافعي[١] رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وهو أن أكثر ما في البابِ أن يكون للوارثِ ما يكون للموروثِ.

وإذا قلنا إن العقدَ ينفسخُ وترجعُ المنافعُ إليه وتثبتُ له جعلنا للوارثِ ما لم نجعل للموروثِ، وذلك خلاف الأصولِ.

فأما الجوابُ عن قياسِهم على الأصولِ الثلاثةِ بعلةِ أنه عقدٌ على منفعةٍ، فهو أنه يبطل بنكاحِ أمتِه؛ لأنه لا يبطل بموتِ السيدِ.

فإن قيل: قد احترزنا مِن هذا بقولنا (بموتِ من عقِد له)، ونكاح الأمةِ لم يعقد لسيدِها !

فالجوابُ: أنه ليس كذلك، بل يكونُ نكاحُ الأمةِ معقودًا لسيدِها، لا يستحقُّ المهر بذلك النكاحِ، ثم المعنىٰ - في الرجلِ إذا أجر نفسه ثم مات - أن المعقود عليه قد تلف بموتِه، وليس كذلك في مسألتنا، فإن المعقود عليه بحالِه، فلهذا لم يبطل العقد، وأما النكاحُ فلا نسلِّم أنه يبطل، وإنما تنتهي مدتُه بموتِ أحدِهما، ولا يكونُ ذلك بطلانًا، ألا ترىٰ أن مدة الإجارةِ إذا انتهت لم يصح إن يقال إن الإجارة قد بطلت، ثم إن سلمنا ذلك، فالمعنىٰ فيه: إذا مات أحدُ الزوجين أن المعقود عليه قد تلف، فلهذا بطل العقدُ، وفي مسألتنا لم يتلفْ المعقودُ عليه، فلهذا لم يبطل.

فإن قيل: إذا مات الزوجُ فإن المعقود عليه بحالِه - وهو المرأة.

فالجوابُ: أنه ليس كذلك؛ لأن العقدَ يتناول الزوجين، ولهذا إذا أضيف الطلاق إليه: وقع، كما إذا أضيف إليها، ولهذا يُسمَّىٰ كل واحدٍ منهما زوجًا، وأما العاريةُ فالمعنىٰ فيها أنها ليست لازمة، وليس كذلك في مسألتنا، فإن العقد لازمٌ، فلهذا لم ينفسخ بالموتِ.

---

(١) الأم (٥/ ٢٦٨).

وجوابٌ آخر، وهو أن المستعير ما ملك منافع العاريةِ، فلهذا لا يجوز أن يعيرها، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن المُكْرِي قد ملك المنافع، ولهذا يجوز أن يكرِيَها، فلهذا لم يبطل بالموتِ.

وأما الجوابُ عن قولِهم أنه تعذر الاستيفاء على الوجهِ الذي تضمنه العقد، فهو أنه ليس كذلك؛ لأن عندنا قد ملك المنافع، وإنما يستقر في ملكِه، فهو كما لو اشترىٰ منه طعامًا وقبض البعضَ ومات البائعُ كان له استيفاء الباقي؛ لأنه ملكه، فكذلك هذا.

وأما التقسيمُ الذي ذكروه، فالجواب عنه أن عندنا قد ملك المنافع بالعقدِ، فهو يستوفي ملكه كما بيناه في الطعام، ثم هذا يبطُلُ بالوصيةِ؛ لأن الموصىٰ له يستوفي الموصىٰ به، وقد زال ملكُ الموصي الميتِ عنه، فدل علىٰ ما ذكرناه.

• فَصْلٌ •

ذكر الشافعيُّ سؤالًا - بعد هذه المسألةِ - يرجعُ إلى مسألةِ الأجرةِ، هل تتعجل بإطلاق العقد أم لا؟

قال: (فإِن قِيل قد انتفع المُكْرِي بِالثمنِ، قِيل كما لو أسلم فِي رُطبٍ لِوقتٍ فانقطع: رجع بِالثمنِ، ولو باع متاعًا بِبلدٍ ودفع الثمن فهلك المتاعُ رجع بِالثمنِ، وقد انتفع بِهِ البائِعُ)[1] يعني أن المُكْرِي إذا قبض الأجرة معجلةً، ثم إن الإجارة انفسخت بانهدام الدارِ أو بموتِ العبدِ، فإنه يرد الأجرة، وقد انتفع بها مِن غير أن يحصل للمكتري انتفاعٌ في مقابلتِه!

والجوابُ: أن مثل هذا لا يمتنعُ، كما نقول في المسلَم إليه يقبضُ رأس

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٥).

المال في السَّلَم، ويتعذر المسلَمُ فيه بانقطاعه، فيثبتُ الخيارُ للمسْلِم، فيفسخُه ويسترجع رأس المالِ، وقد انتفع به المسلَمُ إليه مِن غير أن يحصل للمسلِمِ انتفاعٌ في مقابلته، وكذلك يبطل هذا بالأجرةِ إذا شرط تعجيلها، فإنه ينتفع بها، ثم تنفسخ الإجارة بالتلفِ، فترد الأجرة بعد الانتفاع بها، وكذلك إذا اشترىٰ عينًا غائبةً وقبض الثمن، ثم تلفت العين، فإنه يرد الثمن وقد انتفع به مِن غير أن يحصل للمشتري انتفاع في مقابلةِ ذلك، كذلك في مسألتنا][1] مثله.

وهذا سؤالٌ لأبي حنيفة في تلك المسألةِ، وقد قال المزنِي[2] - لما ذكر الشافعي مسألة العينِ الغائبةِ - أنه أجاز بيع الغائبِ، وأبىٰ في موضعٍ آخر، **فالجوابُ عن هذا** أنه يجوزُ أن يكون أراد به العين الغائبة التي شاهدها قبل العقدِ، وإن أراد به التي لم يرها، فذلك لا يدلُّ علىٰ أنه أجاز بيع العينِ الغائبةِ؛ لأنه يبطلُ كلام المخالفِ وسؤالِه، ويجوز أن يكون ألزمه النقض علىٰ مذهبِ المخالفِ دون مذهب الملتزِم له، والله أعلم.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال الشافِعِيُّ ﵁: (وَإِنْ تَكَارَى دَابَّةً مِنْ مَكَّةَ إِلَى مَرٍّ، ثم إنَّه رَكِبَها وتَجَاوَزَ بِهَا إِلَى عُسْفَانَ)[3].

فالكلامُ فيه في فصلين، في الأجرة وفي الضمان.

فأما الأجرةُ؛ فإنه يلزمُه المسمَّىٰ في مسيرِه مِن مكة إلىٰ مَرٍّ؛ لأنه استوفىٰ تلك المنفعةَ في تلك المسافةِ بالعقدِ، ويلزمُه أجرة المثلِ في مسيرِه مِن مَرٍّ إلىٰ عُسْفان أكثر ما كانت؛ لأنه استوفاها بغير عقدٍ، فهو كالغاصبِ، كما لو

---

(١) هنا نهاية الورقة الساقطة من نسخة (ص).
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٥).
(٣) الأم (٣/ ٣٨).

استأجر دارًا شهرًا فسكنها شهرين لزمه المسمَّىٰ في الشهرِ الأولِ والمثلُ للشهرِ الثاني، فكذلك ههنا.

فإن قيل: فقد قلتم إنه إذا اكترىٰ أرضًا ليزرعها حِنطةً، فزرعها ذرة، أو ما ضرره أكثر ضررًا مِن الحِنطةِ إنه يغرم المثلَ في الجميع ! فما الفرق بينهما ؟

قيل: تلك المسألةِ علىٰ قولين، **أحدهما**: يغرم المثلَ في الجميع، **والثاني**: يغرم المسمَّىٰ في قدرِ ضررِ الحنطةِ، وما زاد عليه مِن ضررِ الذرةِ فعليه في مقابلتِه أجرة المثلِ.

وكذلك القولان فيه إذا اكترىٰ بهيمةً ليحمل عليها مائة منًّا حديدًا، فحمل عليها قطنًا بوزنِها، أو كان بخلاف ذلك، **أحدهما**: أجرة المثلِ في الجميع، **والثاني**: المسمىٰ يجب في مقابلةِ ما سمي، والمثل في ما زاد عليه.

إذا ثبت هذا، فإن قلنا يجب المسمىٰ والمثلُ في ما زاد عليه فقد سوينا بينهما، وإن قلنا يجبُ المثلُ في الجميع، فالفرقُ بينهما مِن وجهين:

أحدهما: أن في مسألتنا يمكنُ التمييز بين الأجرتين؛ لأن مسافة الإجارةِ متميزةٌ عن مسافةِ التعدي، فهو كما لو استأجر الدار شهرًا فسكنها شهرين، لزمه المسمىٰ للأول، والمثل للثاني، وليس كذلك في مسألةِ الزرعِ والحملِ؛ لأن القدر الزائد الذي حصل التعدي فيه غير متميز عن القدرِ المستحق، فلا يمكنُ تقسيطُ العوضِ عليهما، فلهذا أوجبنا المثل في الجميع.

والثاني: أن في مسألتنا حين أخذ في المسألة أخذ وهو غير متعدٍّ، وليس كذلك في مسألةِ الزرعِ والحملِ؛ لأنه كما أخذ في الزرعِ والحملِ متعدٍّ، فلهذا أوجبنا عليه أجرة المثلِ في الجميع.

هذا الكلامُ في الأجرة، فأما الضمانُ؛ فإذا تلفت الدابة، نُظِر، فإن تلفتْ قبل أن تتجاوز مَرًّا، وهو حدُّ المسافةِ التي استأجر البهيمة لقطعِها، فلا

ضمان عليه، سواء كان معها صاحبُها أو لم يكن؛ لأنها في يدِه أمانةٌ ما لم يتعدَّ، وإن تلفت بعد ما تجاوز بها الموضع المحدد؛ نُظِر:

فإن كان معها صاحبها، نُظِر، فإن كان نزل عنها ثم ماتت بعد النزولِ فلا ضمان عليه؛ لأنها ماتت في يدِ صاحبِها، ولم يتحققْ مِن جهتِه سببٌ لوجوبِ الضمانِ عليه، فهو كما لو قطع المسافة ثم سلَّمها إلىٰ صاحبِها وماتت في يدِه، وإن كانت ماتت وهو راكبها، لزمه الضمان.

فإن قيل: هلا قلتم: لا يلزمه الضمان، ويكونُ سكوتُ صاحبِها مع تمكنِه مِن المنعِ رضا بذلك وإذنًا في سيرِ تلك المسافةِ !

قيل: كما أنه إذا خرق ثوب رجلٍ وهو ساكتٌ، فإنه يلزمه الضمان، ولا يكون سكوته إذنًا في الخرقِ ولا رضاً به.

إذا ثبت أنه يلزمُه الضمانُ، فإن جميعَ الضمان لا يلزمُه؛ لأنه ليس يضمنها باليدِ لأن صاحبها معها، وإنما ذلك ضمان جنايةٍ، فهو كما لو جاء إلىٰ بهيمةٍ في يدِ رجلٍ فجنىٰ عليها فإنه يلزمُه ضمانُ الجنايةِ، فكذلك هذا.

وكم القدر الذي يضمن ؟ فيه قولان:

أحدهما: النصفُ؛ لأنها إذا ماتت تحته، فالظاهرُ أنها ماتت مِن ثقلِه عليها وإتعابِه إياها بالركوب في جميع المسافةِ، وبعض المسافةِ كان حقًّا له لم يتعد فيه، والبعض لم يكن حقًا له وهو متعدٍ.

والثاني: يقسَّطُ الضمان علىٰ قدرِ ما قطع مِن المسافتين، فيجب عليه بقدرِ المسافةِ التي تعدَّىٰ بالركوبِ فيها.

وأصلُ هذين القولين مسألةُ الجلَّاد، وهو إذا أُمِر بإقامةِ الحدِّ فزاد مِن عنده ضربةً ومات المحدودُ، ففيه قولان، **أحدهما**: يجب نصف الديةِ، **والثاني**: بقسطه، وهو جزءٌ مِن إحدىٰ وثمانين جزءًا مِن الديةِ إن كان ذلك في

حد القذف.

وأما إذا لم يكن معها صاحبُها لزمه جميعُ القيمةِ؛ لأنه ضامنٌ لها بالغصبِ، فيلزمه قيمتُها أكثر ما كان قيمته مِن حين تعدَّىٰ بها مِن مَرٍّ - وهو الموضع المحدود - إلىٰ الموضعِ الذي ماتت فيه.

فأما إذا لم تمت، ولكنه قطع المسافة ثم ردها إلىٰ مَرٍّ، فإن الضمان لا يزول عنه؛ لأن عندنا لا يزولُ ضمانُ العدوان بالرد إلىٰ المكانِ، وكذلك يقول أبو حنيفة في هذه المسألةِ.

قال: والفرقُ بين هذه وبين تلك أن ههنا لم يؤمر بإمساكِ البهيمةِ في الموضعِ الذي ردها إليه، وهو موضعُ منتهىٰ الإجارةِ، فلهذا لم يزل عنه الضمان، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنه مأمورٌ بإمساكِ الوديعةِ في الموضعِ الذي ردها إليه، فلهذا زال عنه الضمان.

والجوابُ علىٰ هذا أنه لو كان كذلك لوجب إذا استأجرها في الذهابِ والمجيء ثم تجاوز بها وردَّها إلىٰ الموضعِ المحدود أن يسقطَ عنه الضمان؛ لأنه مأذونٌ له في إمساكِها، وعندهم أن الضمان لا يزول.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَهُ أَنْ يُؤَاجِرَ دَارَهُ وَعَبْدَهُ ثَلَاثِينَ سَنَةً)[1].

وهذا كما قال.. ذكر الشافعيُّ أنه لا يجوزُ عقدُ الإجارةِ إلا سنة، وذكر في الدعاوىٰ والبينات أنه يجوز قدر ما يبقىٰ فيه المستأجر، وذكر ههنا أن له أن يؤاجره دارَه وعبدَه ثلاثين سنة، وذكر في المساقاةِ أنه يجوز سنتين، ولا خلاف بين أصحابِنا أنه يجوز إلىٰ مدةِ سنةٍ، وهل يجوز أكثر مِن ذلك أم لا ؟

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٦).

فيه قولان:

أحدهما: لا يجوزُ أكثر مِن ذلك؛ لأن هذا العقدَ إنما جُوِّز لأجلِ الحاجةِ، ولا تدعو الحاجة إلىٰ أكثر مِن السنة؛ لأنها عدةٌ يكملُ فيها الزرعَ والثمار وغيرها.

والقول الثاني: أنه يجوز أكثر مِن سنةٍ إلىٰ المدةِ التي يبقىٰ فيها المستأجِرُ في الغالبِ، والدليلُ عليه قوله تعالىٰ: ﴿عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖ﴾ [القصص: ٢٧] ولأنها مدةٌ يبقىٰ المستأجر فيها في الغالب، فجاز عقدُ الإجارةِ إليها كالسنةِ، ولأن النكاحَ يجوزُ علىٰ التأبيد ولا يقدَّر بمدةٍ، فكذلك الإجارة.

فإن قيل: فالنكاحُ يجوزُ إطلاقُه مِن غير تقديرِ مدةٍ، والإجارةُ لا يجوز إطلاقها!

قيل: وإن كان لا يجوزُ إطلاقُها، فيجب أن يكون تقديرها كالمدةِ التي يجوز أن يبقىٰ في مثلِها النكاح، فيجوز في الإجارةِ بالتقدير ما يجوز في النكاحِ بالإطلاقِ.

وأما الجوابُ عن قولِهم إن الحاجة لا تدعو إلىٰ أكثر مِن سنةٍ، فهو أنه ليس كذلك؛ لأن الحاجة تدعو إلىٰ أكثر مِن سنةٍ، وعلىٰ أنه إن كان الاعتبارُ بقدرِ الحاجةِ فينبغي أن لا يجوز اكتراءُ الأرضِ سنة - لأن الزرع يدرك في أقل منها - ولا يجوزُ اكتراءُ الجبةِ سنة - لأنه لا يحتاج إلىٰ لبسِها إلا في بعضِ السنةِ - فلما جاز أكثر مِن ذلك دل علىٰ أنه لا اعتبار بقدرِ الحاجةِ.

إذا ثبت أنه يجوزُ أكثر مِن سنةٍ، فمِن أصحابِنا مَن قال: يجوزُ القدْرُ الذي يبقىٰ فيه المستأجِرُ في الغالبِ قلَّ أو كثر، وقولُ الشافعي (وله أن يؤاجر داره وعبده ثلاثين سنة) ليس بتقدير، كما قال في المساقاة أنه يجوز سنتين، وذلك ليس بتقدير، فكذلك هذا، ومِن أصحابِنا مَن قال: لا يجوزُ أكثر مِن ثلاثين

سنة، وليس هذا بصحيحٍ، والصحيحُ ما ذكرناه.

إذا تقرر هذا، فإذا أجر الدار أكثر مِن سنة، فهل يحتاج لكل شهرٍ أم لا ؟ علىٰ قولين:

أحدهما: لا يقدر [كما لا يقدر](١) في السنةِ لكلِّ شهرٍ، ولا في الشهرِ لكلِّ يومٍ، ولا في اليومِ لكلِّ ساعةٍ، وكما إذا باع أعيانًا لم يحتج أن يقدر لكلِّ واحدٍ منها الثمن.

والثاني: لا يجوزُ حتىٰ يقدر لكلِّ سنة لئلا يكثر الغرر.

والصحيحُ الأولُ.

فإذا قلنا: لا يقدر، فانهدمت الدارُ في أثناءِ المدةِ، فإن كانت الأجرةُ لا تختلفُ في ذلك الموضعِ باختلافِ الزمان، فإن ما مضىٰ محسوبًا عليه بحصتِه، وإن كان يختلفُ قسطُ ذلك علىٰ قدرِ أجرةِ المثل، علىٰ ما بيَّناه فيما مضىٰ، وإن قلنا يقدر، فإنه يُحسب علىٰ كل شهرٍ بأجرتِه المقدَّرةِ، فاختلفت الأجرة باختلاف الزمانِ في ذلك الموضعِ أو لم تختلف.

وكلُّ موضعٍ قلنا لا يجوزُ أكثر مِن سنةٍ، أو لا يجوز أكثر مِن ثلاثين سنةٍ، فزاد علىٰ ذلك بطلت الإجارة علىٰ قدرِ الزيادةِ، وأما الباقي فعلىٰ قولين، بناءً علىٰ تفريق الصفقةِ، والله أعلم بالصواب.

• فَصْلٌ •

إذا قال: «أجرتُك هذه الدارَ كلَّ شهر بدرهم»، فالمذهبُ المشهورُ أن تلك الإجارة باطلةٌ في الشهر الذي يلي العقد وفي غيرِه، وقال في «الإملاءِ»: تصح الإجارةُ في الشهرِ الأولِ دون ما عداه، وهو قولُ أبي سعيد

---

(١) ليس في (ص).

الإصطخري[١] وأبي حنيفة.

واحتج من نصره بأن مدة الشهرِ الذي يلي العقدَ معلومةٌ، والأجرةُ في مقابلتها معلومةٌ، فوجب أن يصح.

ومثل هذا ما يقوله في البيعِ إذا قال: «بِعتُك هذا العبد - وأشار إليه - وكلَّ عبدٍ مِن عبيدي بمائة درهم» فإنه يصحُّ البيعُ في العبدِ المشارِ إليه؛ لأنه معلومٌ، والثمن في مقابلتِه معلومٌ، فكذلك هذا.. وهذا غلطٌ.

ودليلُنا: أن مدة الإجارةِ مجهولةٌ؛ لأنه لا يدري هل أجرة سنةٍ كل شهرٍ بدرهم أو سنتين كل شهرٍ بدرهم، أو أكثر أو أقل، والذي يؤكِّد هذا أنه لو قال: «أجرتُك هذه الدارَ بعشرةِ دراهم» لم يصح العقدُ؛ لأن مدة الإجارةِ وقدر المنفعةِ مجهولان، فإذا قال:«كلَّ شهرٍ بدرهم» فذلك تفصيلٌ يرجع إلىٰ بيانِ الأجرةِ وبيانِ قدرِ المنفعةِ المستحقة بالعقدِ.

فإن قيل: «فقد قلتم إنه إذا قال: بِعتُك هذه الصُّبْرة، كل قفيزٍ بدرهم» أن البيع يصح، فما الفرق بينهما ؟

فالجوابُ: أن الصُّبْرةَ معلومةُ الجملةِ بالمشاهدةِ، وقد بين قدر الثمنِ بالتفصيلِ الذي ذكره، فصار المبيعُ معلومَ الجملةِ، وصار الثمن معلومًا بالتفصيلِ، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن مدة الإجارةِ مجهولة الجملةِ؛ لأنها لا تصير معلومةً إلا بالتقديرِ وما قدرها.

والتفصيلُ الذي ذكره راجعٌ إلىٰ بيانِ الأجرةِ دون المنفعةِ، والذي يؤكِّد الفرق بينهما أنه إذا قال: «بِعتُك هذه[٢] الصُّبْرة بعشرةِ دراهم » صح، ولو قال: «أجرتك هذه الدار بعشرةِ دراهم» لم يصح، فبان الفرقُ بينهما.

---

(١) الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسىٰ بن الفضل الإصطخري، قاضي قم، وولي حسبة بغداد.

(٢) ليست في (ف).

وأما الجوابُ عما ذكروه مِن الاستدلالِ، فهو أن نقول: قدر المنفعةِ مجهولٌ؛ لأنه لا يدري كم قدرُ المدةِ التي أجره فيها، والتفصيلُ الذي ذكره بعد ذلك إنما هو راجعٌ إلىٰ بيانِ الأجرةِ أو زمانٍ قُدِّر به المنفعة، والذي يدلُّ عليه أنه لو كان كما قالوا في الشهرِ الأولِ لصح في كل شهرٍ، إذ لا فرق بين الشهرِ الأولِ وبين الشهرِ الثاني؛ لأنه سمىٰ كلَّ شهرٍ وجعل في مقابلتِه أجرةً معلومةً.

وأما المسألةُ التي ذكروها في البيعِ، فيحتملُ أن يقال إن البيع لا يصحُّ في ذلك العبدِ، ويحتملُ أن يقال الفرقُ بينهما أن في تلك المسألةِ قد عيَّن العبد وجعل الثمن في مقابلتِه معلومًا، وفي مسألتنا لم يعين قدر المدةِ، فلم يصح.

ووِزَانُ مسألتنا مِن هذه المسألةِ أن يقول: «بِعتُك كلَّ عبدٍ مِن عبيدي بألفٍ»، فإنه لا يصح البيعُ في شيءٍ مِن ذلك.

ووِزانُ تلك المسألةِ مِن مسألتنا أن يقول: «أجرتُك هذه الدار في هذا الشهرِ وفي كل شهرٍ بدرهمٍ»، فيصح في الشهرِ الأولِ دون ما عداه.

• فَصْلٌ •

إذا اكترى دارًا، ثم أراد أن يُكْرِيَها، نُظِر، فإن كان قد تسلَّمها، فله أن يكرِيَها مِن الأجنبي ومِن المُكْرِي، وإن كان لم يتسلمها، فالمذهبُ المشهورُ أنه لا يجوز أن يُكريها مِن المُكْرِي ولا مِن الأجنبي.

وقال أبو العباس بن سُريج: يجوز أن يُكريها مِن المُكْرِي وغيرِه، قال: لأن قبضَ الدارِ المستأجرةِ لا ينقل الضمان، بدليلِ أنها إذا انهدمت في يدِ المُكْتَرِي كان الضمان علىٰ المُكْرِي دونه، وإذا كان هذا القبضُ لا ينقل الضمان، فلا فرق بين وجودِه وعدمِه، ثم ثبت أنه يجوز العقد عليه بعد القبضِ، فكذلك قبله.

والدليلُ علىٰ أنه لا يجوز أن يُكْرِيها ما روِي عن النبي ﷺ أنه نهىٰ عن بيعِ ما لم يقبض[١]، والإجارة بيعٌ، فإذا أجر الدار قبل القبضِ فهو كبيعِ ما لم يقبض، فوجب أن لا يجوز، ولأنه ملك المنافع بعقدِ معاوضةٍ فلا يجوزُ أن يعقدَ عليها عقد المعاوضةِ قبل القبضِ كالمبيع؛ لأنه لا يجوزُ أن يبيعه قبل أن يقبضه.

فأما الجوابُ عن قولِ أبي العباس، فهو أن قبض المُكْتَرِي يتعلقُ به نقل الضمانِ، ألا ترىٰ أن الإجارة إذا انتقضت في يدِ المُكْرِي كان ذلك مِن ضمانِ المُكْرِي، ولم تستقِر الأجرة له، وإن قبضها المُكْتَرِي ومضتِ المدةُ في يدِه استقرت الأجرةُ عليه ولزمه ضمان المنافعِ، فثبت بذلك أن هذا القبضَ ينقل الضمان، وصار بمنزلةِ قبضِ العينِ المبيعةِ.

إذا ثبت هذا، فكلُّ موضعٍ قلنا تجوزُ الإجارة، فله أن يكريه مِن المُكْرِي ومِن غيرِه، وكل موضعٍ قلنا لا تجوز الإجارة، فلا فرق بين المُكْرِي والأجنبي فيه.

وقال أبو حنيفة: إذا تسلَّم الدارَ المستأجرةَ جاز له أن يكرِيَها مِن الأجنبي، ولا يجوزُ له أن يكرِيَها مِن المُكْرِي، وإن كان قبل القبضِ فلا يجوز أن يكرِيَها مِن أحدٍ، واحتج بأن إجارته مِن المُكْرِي تؤدي إلىٰ التناقض؛ لأن كل واحدٍ منهما يصير مستحِقًّا للتسليمِ ومستحقًّا عليه؛ لأن المُكْتَرِي يستحِق المنافع علىٰ المُكْرِي الأول بالعقدِ الأول، والمُكْتَرِي الثانِي يستحِق تسليمها إلىٰ المُكْرِي الأول بالعقدِ الثانِي، ولا يجوزُ ذلك.. وهذا غلطٌ؛ لأن كلَّ عقدٍ جاز مع غيرِ العاقِدِ جاز مع العاقِدِ كالبيع؛ لأنه إذا اشترىٰ شيئًا وقبضه كان له أن يبيعه مِن البائعِ ومِن غيرِه.

---

(١) أخرجه أحمد (١٥٣٢٨) والنسائي (٤٦٠١) عن حكيم بن حزام رضي الله عنه.

فأما الجوابُ عن دلِيلِه، فمِن ثلاثةِ أوجهٍ:

أحدها: إذا سلَّم المُكتَرِي الأولُ الدار إلىٰ المُكْتَرِي فقد بطل استِحقاقُه عليه بدليل أنه لا يطالِبه بتسليمٍ بعد ذلك، ثم إذا أكراها مِنه استحق عليه التسليم في حالة لا يستحِقه هو عليه، وإنما يكونُ الاستحقاقُ ثابتًا لهما إذا كان اكتراها منه قبل التسليم، فثبت بهذا أن كلَّ واحدٍ منهما ليس بمستحِق ومستحَق عليه.

والثاني: أنه يبطلُ عليهم ببيعِ الأرضِ؛ لأن عندهم يجوز أن يبيعها قبل القبضِ، فإذا باعها مِن البائعِ قبل القبضِ فقد باعها قبل التسليمِ، فصار كلُّ واحدٍ منهما مستحِقًّا و مستحقًّا عليه، فالمشتري الأولُ يستحقُّ عليه التسليم والثاني يستحقُّ علىٰ الأول التسليم، وذلك متناقضٌ علىٰ حسب ما قالوه في مسألتِنا.

والثالث: أنه إذا جاز أن يكريه مِن غيره - فيكون مستحقًّا علىٰ المُكْرِي ويصير مستحقًّا عليه للمكترىٰ منه في منافعِ عينٍ واحدةٍ - جاز أن يكون كل واحدٍ منهما مستحِقًّا ومستحقًّا عليه، إذ لا فرق بينهما.

إذا تقرر هذا، فكلُّ موضعٍ جوَّزنا له أن يكرِيَها كان له أن يكرِيَها برأسِ المالِ وبزيادةٍ عليه وبنقصانٍ منه عَمَرَها أو لم يعمرها.

وقال أبو حنيفة: إن كان لم يحدث فيها عِمارة لا يجوزُ أن يكرِيَها إلا بِمِقدار الأجرة التي اكتراها به، ولا تجوز بالزِّيادة عليه إلا أن يكون قد أحدث فيها عِمارة، فإنه يجوز له أن يكرِيها بزيادة، **واحتج بشيئين**:

أحدهما: ما روي عن النبي ﷺ أنه نهىٰ عن بيعِ ما لم يقبض ورِبحِ ما لم يضمن[1]، وهذا ربحُ ما لم يضمن؛ لأن المنافع لم تصِر مضمونةً عليه، بدليلِ

---

(١) أخرجه أحمد (١٥٣٢٨) والنسائي (٤٦٠١) عن حكيم بن حزام رضي الله عنه.

أن الدار لو انهدمت في يدِه لم تستقر عليه الأجرة.

والثاني: أن المنافع معقودٌ عليها وينتقل ضمانها إليه، فلم يطلب له فيها الربح، أصلُه: إذا باع المبيعَ قبل القبضِ.

وهذا غلطٌ؛ لأن كل ما جاز إجارتُه برأسِ المالِ جاز طلبُ الربحِ فيه إذا أحدث فيها عمارة، مثل تجصيصٍ وتطيينٍ.

فإن قيل: إذا أحدث فيها عمارةً كانت الزيادة علىٰ رأسِ المالِ في مقابلةِ العمارةِ، فلهذا جاز.

فالجوابُ: أن تلك الزيادة لا تكونُ في مقابلةِ الجِصِّ والطينِ الذي استعمله في الدارِ، وإنما تثبت لزيادة قيمة المنافع بتلك العمارةِ، وعندكم أنه إذا غلت الدور لم يجز أن يكرِيَها بزيادةٍ علىٰ ما وزن فيها مِن الأجرةِ، مع[1] أن تلك الزيادة تكون في مقابلةِ زيادةِ الأجرةِ لغلاءِ الدورِ.

وكذلك إذا لم يحدث فيها عيناً لكنه كنسها وغَسَلَ صَحْنها ونظفها، فزادت قيمتها بذلك، فعندكم أنه لا يجوز أن يكتريها بزيادةٍ مع[2] أن تلك الزيادة في مقابلةِ قيمةِ المنافعِ بما فعل فيها مِن النظافةِ، ولأن كلَّ عقدٍ جاز برأسِ المالِ جاز طلبُ الربحِ فيه، الدليلُ عليه البيع.

فإن قيل: هذا يبطلُ به إذا اشترىٰ دينارًا بدينارٍ، فإنه يجوزُ أن يبيعه بدينارٍ ولا تجوز زيادةٌ عليه.

فالجوابُ: أنه يجوزُ طلبُ الربحِ فيه، وهو أن يبيعه بغيرِ جنسِ الذهبِ، ونحن لم نقل في علتنا جاز طلبُ الربحِ فيه مِن جنسِه، حتىٰ يلزمنا هذا.

فأما الجوابُ عن الخبرِ، فهو أنه راجعٌ إلىٰ المبيعِ؛ لأنه نهىٰ عن بيعِ ما لم

---

(١) في (ص)، (ف): «مع ما» !

(٢) في (ص)، (ف): «مع ما» !

يقبض، والقبضُ الحقيقي إنما يُتصور في العينِ دون المنافعِ، بدليلِ أنه إذا تسلم الدار وانهدمت كان الضمانُ علىٰ المُكْرِي دون المُكْتَرِي، فإذا كان هذا اللفظُ راجعًا إلىٰ المبيعِ كان اللفظُ الآخر - وهو النهي عن ربحِ ما لم يضمن - راجعًا إلىٰ المبيعِ أيضا.

وجوابٌ آخر، وهو أنَّا لا نسلِّم أنه رِبح ما لم يضمن؛ لأن المنافع قد دخلت في ضمانِه، ألا ترىٰ أنه إذا تسلم الدارَ ولم يسكُنْها حتىٰ مضت المدة كانت المنافع مِن ضمانِه واستقرت عليه الأجرة.

وأما الجوابُ عن قياسِهم، فهو أنَّا لا نسلِّم أن ضمانَها لم ينتقل إليه؛ لأن المدة إذا مضت في يدِه كان عليه ضمانُ المنافعِ واستقرت عليه الأجرة، ثم المعنىٰ في البيعِ قبل القبضِ أنه لا يجوزُ برأسِ المالِ - وهو الثمنُ الذي اشتراه به - فلم يَجُزْ أيضًا بالزيادةِ عليه، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنه يجوزُ أن يكتريها بالقدرِ الذي اكتراها به، فجاز أن يكتريها[١] بزيادةٍ عليه، والله أعلم بالصواب.

• فَصْلٌ •

إذا شرط خيار الثلاثِ في الإجارةِ لم يخْلُ حالها مِن أحد أمرين؛ إما أن تكون معينة له في الذمةِ أو غير معينة له في الذمةِ، فإن كانت معينةً، وهو أن يكتري دارًا إلىٰ مدةٍ، أو يكتري بهيمةً شهرًا، أو ما أشبه ذلك لم يجز شرط الخيارِ فيها، وإذا شرط فسد العقد.

وقال أبو حنيفة: يجوز شرطُ الخيارِ فيها.

واحتج من نصره بأنه عقدٌ يلحقُه الفسخُ بالإقالةِ، فجاز أن يثبت فيه خيار

(١) في (ف)، (ق): «يكريها».

الشرطِ، كالبيع.

ودليلُنا أنه عقدٌ علىٰ منفعةٍ، فلم يثبت فيه خيارُ الشرطِ، كالنكاح، ولأن أيام الخيارِ الثلاثةِ لا تخلو مِن أن تكون محسوبةً علىٰ المُكْرِي أو علىٰ المُكْتَرِي، فإن حسبناها علىٰ المُكْرِي ألزمناه ثلاثة أيامٍ زيادةً علىٰ الشهرِ حقًّا للمكتري، وإن حسبناها علىٰ المُكْتَرِي نقصت المدة ورجع الشهر إلىٰ سبعةٍ وعشرين يومًا، وإذا كان ذلك يؤدي إلىٰ هذا وجب أن يكون باطلًا؛ لأن المُكْتَرِي ليس له الانتفاع في مدةِ الخيارِ بما اكتراه، ولا يجبُ تسليمُه إليه وإن سلم الأجرة.

وأما الجوابُ عن قياسِهم على البيعِ، فهو أن في البيع لا تنقصُ منافعُ العينِ إذا ردها، فلذلك جاز شرط[1] الخيارِ [فيه، وفي مسألتنا إذا لم يختر المُكْتَرِي بطلت المنافعُ، فلم يجز شرط الخيارِ][2] فيها لهذا المعنىٰ.

هذا الكلامُ في خيارِ الثلاثِ، فأما خيارُ المجلس، ففيه وجهان؛ أحدهما: لا يثبتُ في الإجارةِ لما ذكرنا مِن التعليلِ في خيارِ الشرطِ، **والثاني**: يثبتُ فيها، لقوله ﷺ: «**المُتَبايعانِ بالخِيَار**»[3] وهما في معنىٰ المتبايعين، ولأنه لا يمتنع أن يثبت فيها خيار المجلسِ، وإن كان لا يثبت فيها خيار الشرطِ، كالسَّلَم والصرف، ولأن خيار المجلسِ يسير، فجاز أن يثبت فيه، وخيارُ الشرطِ يمتدُّ ويطول، فلم [يجز أن][4] يثبتَ فيه؛ لأن الغرر يكثُر بذلك.

وأما إذا كانت الإجارةُ في الذمةِ، فمِن أصحابِنا مَن قال: هي كما لو كانت معينةً، لا يجوزُ فيها خيارُ الشرطِ، وجهًا واحدًا، وأما خيارُ المجلسِ

---

(١) ليست في (ف).

(٢) ملحق بحاشية (ص) ومصحح.

(٣) أخرجه أحمد (٣٩٣)، وأبو داود (٣٤٥٦)، والنسائي (٤٤٦٧)، من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(٤) زيادة من (ق).

فعلىٰ الوجهين، ومنهُم مَن قال يثبتُ فيها الخياران؛ لأن ذلك لا يؤدي إلىٰ الزيادةِ والنقصانِ، وتفارق المعينة؛ لأن شرط الخيارِ فيها يؤدي إلىٰ ذلك، فلهذا لم يثبت.

• فَصْلٌ •

إذا أجَّرَ دارَه شهرًا ثم إنه أراد أن يُكْريها إنسانًا آخَر الشهرَ الآخَرَ قبل مضي الأول؛ لم يجز؛ لأنها في يد المُكْتَرِي الأول فلا يقدر علىٰ تسليمها إلىٰ الثاني، فهو كما لو أجر عبدًا آبقًا، ولأن ذلك يصير في معنىٰ الإجارة المعلَّقة بصفة كأنه يقول: «إذا انقضت الإجارةُ التي لفلان فقد أجرتُك هذه الدار بكذا» والإجارات لا تتعلقُ بالصفات، وأما إذا أكراها صاحبها من الرجل المُكْتَرِي فهل يجوز ذلك أم لا، فيه قولان؛ **أحدهما**: لا يجوز للمعنىٰ الذي ذكرنا، **والثاني**: يجوز؛ لأن الدار في يده مسلمةً؛ ولأنه لو أجرها إياه شهرين عقدة واحدة جاز، فكذلك في عقدين، كما لو باع منه عبدين فإنه يجوز بعقد واحد وبعقدين.

• فَصْلٌ •

تجوزُ الإجارةُ بالمنافع مثل أن يستأجر دارًا بمنافع دار أخرى له، أو بمنافع بهيمة أو عبدٍ، فيكون كلُّ واحدٍ من العوضين منفعة، ولا فرق بين أن يكونا من جنس واحدٍ أو من جنسين.

وقال أبو حنيفة: لا يجوزُ منافع دار بمنافع دار، ولا منافعُ بهيمة بمنافع بهيمة، وإنما يجوزُ ذلك إذا اختلف الجنسُ فيها، فيعقد علىٰ منافع دار بمنافع بهيمة.

واحتج من نصره بأن الجنسَ الواحدَ عنده علةٌ في تحريم النَّساء، فهو

كبيع الثوب بالثوب مؤجلًا، وذلك عنده لا يجوز فكذلك هذا.

ودليلُنا أنهما منفعتان يجوز إفراد الإجارة علىٰ كل واحدة منهما، فجاز أن يجعل إحداهما عوضًا للأخرىٰ في عقدٍ واحدٍ كما إذا كانت من جنسين.

فأما الجوابُ عما ذكروه من البناء على أصلِهِ، فهو أنَّا لا نسلِّم ذلك الأصل، وقد دللنا علىٰ فساده في موضعه، ثم إن المنافع كلها جنسٌ واحد، لأن كل منفعة وانتفاعٍ كونٌ في مكان، والكونُ جنسٌ واحد، وقد أجاز منافع الدار بمنافع البهيمة، وذلك جنس واحد.

وجوابُ آخر، وهو أن هذا ليس بتأجيل النسيئة؛ لأن التأجيل في الإجارة إنما هو لتقدير المنفعة؛ لأنها لا تتقدر بالكيل ولا بالوزن ولا بالذرع ولا بالعدد، وإنما تتقدر بتقدير(١) المدة، فتقدير المدة فيها بمنزلة الكيل والوزن في المكيل والموزون، والذي يدل عليه إجماعُنا علىٰ أنه يجوزُ أن تكون الأجرةُ مؤجلة، ولو كان تقدير المنافع تأجيلًا في الحقيقة كان ذلك دينًا بدينٍ وكالئًا بكالئ، وذلك غير جائز بالإجماع، فثبت أنهم غلطوا في قولهم تأجيل، والله أعلم.



---

(١) في (ف): بتقديره.

باب كراء الإبل

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ (وَكراء الْإِبِلِ جَائِزٌ لِلْمَحَامِلِ[١] وَالزَّوَامِلِ[٢] وَالرِّحَالِ[٣] وَكَذَلِكَ الدَّوَابُّ لِلسُّرُوجِ وَالْأُكُفِّ وَالْحُمُولَةِ)[٤] إلى آخر الفصل.

وهذا كما قال.. يجوزُ كراءُ الإبل والدواب والبغال والحمير والبقر، لما روي عن ابن عباس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا في قوله تعالىٰ ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُواْ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ ﴾ [البقرة: ١٩٨] قال أن يحج ويكري، وروي أن رجلًا قال لابن عمر: إني أكري في هذه الحجة، فهل لي حج؟ قال أليس تحرمُ في الميقات وتطوفُ وتسعىٰ؟ قال: نعم، قال: ففي ذلك نزل قوله تعالىٰ: ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُواْ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ ﴾[٥] [البقرة: ١٩٨]، وروي عن ابن عباس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا أنه قال في كراء الأرض: والله لنكرينها كراء الإبل[٦].

ولأن هذه منفعةٌ يجوزُ إعارتُها فجاز إجارتُها كمنفعة الأرض، ولأن الحاجة تدعو إلىٰ ذلك كما دعت إلىٰ إجارة الدور، فينبغي أن تجوز كما جازت إجارةُ الدور.

(١) المحامِل جمع مَحْمِل، وهو كالمرقد.

(٢) الزوامل جمع الزاملة، ومعناها ما يزمّل ويلف من الثياب والأمتعة علىٰ ظهر الدابة ليركبها من يركبها.

(٣) ليس في (ص)، والرحال جمع الرحل، وهو يطلق علىٰ الإكاف، وقد يطلق علىٰ الزاملة.

(٤) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٦).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (١٥٣٧١) والدارقطني (٢٧٥١) والبيهقي (٨٦٥٧).

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة (٢١٦٤٧) من قول سالم.

إذا ثبت هذا، فإنها تُستأجر لثلاثة أشياء: للحمل، والركوب، والعمل؛ مثل إدارة الرحىٰ والدولاب ونحوهما.

فإذا اكترىٰ بهيمةً للركوب فمن شرط صحة ذلك معرفةُ المركوب والراكب وقدر المسير.

فأما المركوبُ فإن كان مشاهدًا صار معلومًا بالمشاهدة، وإن لم يكن مشاهدًا وصفه بثلاثة أشياء: بالجنس، والنوع، والذكورية والأنوثية.

وإنما اعتبرنا ذِكْرَ الجنس لأن غرض الراكب يختلف باختلاف أجناس المركوب، فربما كان له غرض في أن يركب بعيرًا دون أن يركب دابة، وكذلك يختلفُ الغرضُ باختلاف الأنواع، فإذا ذكر الجنس فقال: دابة ذكر النوع، فقال: برذون أو عربي، وإن كان حِمارًا قال: مصري أو شامي، ويذكر الذكورية والأنوثية؛ لأن الغرَض يختلفُ بذلك أيضا، إذ الأنثىٰ أسهل في القياد وألين[1] في المسير، والذكر أكدُّ لراكبه.

وأما الراكبُ، فلا يصير معلومًا إلا بالمشاهدة، وإنما اعتبرنا أن يكون معلومًا لأن غرض المُكْرِي يختلف بذلك، فإن المُكْتَرِي إذا كان سمينًا أثقل بهيمته وأتعبها، وإذا كان نحيفًا كان أخف للبهيمة وأسهل عليها.

وأما المسافةُ، فلا بد من أن تكون معلومة؛ لأن الغرض يختلف بذلك، فإن كانت بعيدة كان أتعب للبهيمة منها إذا كانت قريبة، ويتقدر ذلك بالزمان والمكان، فيكتريها كذا وكذا يومًا وذلك بقدر الزمان، أو من الموضع الفلاني إلىٰ الموضع الفلاني، فذلك تقدير المكان.

فإذا حصلت هذه الشرائط كان العقد صحيحًا، فأما ما توطَّأ به البهيمة من السَّرْج والإكاف والقَتْب ونحو ذلك، فإنه يُنْظر، فإن كان قد عيَّن شيئًا منها في العقد تعيَّن، وإن كان أطلق ولم يشرط شيئًا منها حُمل عليها علىٰ

---

(١) في النسخ: «اللين»، وهو تصحيف.

حسب العادة.

فإن كانت مما تُسرج أسرجها، وإن كانت مما لا تُسرج وطَّأها بما العادة جارية أن يوطَّأ به، فإن كان شَرَطَ أن يحمل عليها محملًا يركبه أو كنيسة[١] فلا بد من أن يكون معلومًا؛ لأن الغرض يختلف باختلافه، فالثقيلُ منها يتعب البهيمةَ والخفيفُ لا يتعبها، وإنما يصير ذلك معلومًا بالمشاهدة، وإن كان منها نوعٌ معروفٌ لا يختلف - مثل محامل بغداد - فإنها تكون خِفافًا أو محامل خوارزم فإنها تكون ثقالًا، فيجوز أن يطلق ذلك فيقول «علىٰ أن أحمل عليها محملًا بغداديًّا» أو يقول «خوارزميًّا» فيكفي ذلك، ويشرط أن يكون مكشوفًا أو مغطىٰ؛ لأن الغرض يختلف باختلاف ذلك.

وأما الغطاءُ الذي يكون على الكنيسة فيجوز أن يطلقه لأنه لا يختلف اختلافًا متفاوتًا.

وأما المعاليقُ مثل السفرة والمزادة والسطيحة وما يجري مجرىٰ ذلك فإن شرطها وشاهدها المُكْرِي جاز، وإن شرطها ولم يرها المُكْرِي فعَقَدَ العقدَ بشرطٍ مطلقٍ فيها، فقد ذكر الشافعي أنه يكون فاسدًا لأنه قال: فالقياس أنه فاسد، ومن الناس من يقول له أن يقدر ما يراه الناس وسطًا.

وقد اختلف أصحابنا في ذلكن فمنهُم مَن قال المسألة علىٰ قولين، **أحدهما**: يكون العقدُ فاسدًا إذا أطلق ذلك؛ لأنه يختلف ويتباين فلا يرجِع الإطلاق إلىٰ شيء معلوم، **والثاني**: يصحُّ ويُحمل ذلك علىٰ ما يراه الناس وسطًا في العادة، ومنهُم مَن قال المذهب أنه فاسد وهو القياس، وما حكاه الشافعي فليس هو قوله، وإنما هو حكاية عن مذهب غيره؛ لأن الشافعي ذكر أن ذلك استحسان، وهو لا يقول بالاستحسان، والله أعلم.

---

[١] ما يجعل فوق الدابة ليستظل به الراكب.

• فَصْلٌ •

قد مضى الكلامُ في فصْل الرُّكوب، فأما إذا أكراها للحمل، فقد قال الشافعي: (**وَكَذَلِكَ الدَّوَابُّ لِلسُّرُوجِ وَالْأُكُفِّ وَالْحُمُولَةِ**) بضم الحاء وهي الأحمال، وأما الحَمولةُ بفتح الحاء فهي الإبل التي تحمل الأحمال، قال الله تعالىٰ: ﴿وَمِنَ ٱلْأَنْعَٰمِ حَمُولَةً وَفَرْشًا﴾ [الأنعام: ١٤٢] فالحَمولةُ الكبار، والفرشُ الصغار.

فإذا اكترىٰ بهيمةً للحمل فليس من شرط صحة العقد أن يعين جنس البهيمة ويكفي أن يقول «اكتريتُ منك» أو «كريتُ منك لحمل كذا إلىٰ الموضع الفلاني» ويفارق حيث قلنا لا بد من ذكر الجنس إذا اكتراها للركوب؛ لأن غرض الراكب يختلف باختلاف المركوب، وأما غرضُه في الحمل فلا يختلف لأن قصده تحصيل حُمولته في الموضع الذي سماه، وله أن يحمله بما شاء من البهائم حتىٰ لو حمله علىٰ ظهره كان له ذلك.

وأما المحمولُ فلا بد من أن يكون معلومًا، وإنما يصير معلومًا بأمرين؛ **أحدهما**: أن يذكر قدره كيلًا أو وزنًا، **والثاني**: أن يذكر جنسه، فيقول حديد أو قطن أو طعام.

وإنما اعتبرنا ذِكْرَ هذين الأمرين؛ لأن الغرض يختلف بهما، فإن كان كثيرًا أتعب البهيمة، وإن كان يسيرًا لم يتعبها.

وكذلك الغرضُ يختلف في الجنس علىٰ حسب اختلافه في نفسه، فإن كان حديدًا اعتمد علىٰ موضع واحد من البهيمة فربما عَقَرها، وإن كان قطنًا أو شيئًا يتجافىٰ فوقها ويعتمد علىٰ جميع بدنها فيضطرب تحته لتجافيه ومدافعة الريح له.

وأما الغرائرُ والظروفُ، فإن كان شَرَطَ الوزنَ لم يحتجْ أن يعين الظروف،

لأنها تدخل في وزن الحُمولة، وإن كان شَرَطَ أن يحمل مائة منًّا لزمه حمل مائة مع الظروف، وإن كان شَرَطَ الكيل مثل أن يقول «اكتريتُ منك لتحمل لي عشرة أقفزة»، لم يكن بُدٌّ من أن يكون الظرف معلومًا؛ لأن الغرض يختلف باختلافه، إذ من الظروف خفيف ومنها ثقيل.

فإن كان منها نوع لا يختلف كان جائزًا أن يطلق ذلك، وتسميةُ النوع يكفي في بيانها.

فأما إذا أكراها للعمل فإن كان أكراها لإدارة الرحىٰ فمن شرطه أن تكون البهيمةُ معلومة؛ لأن الغرض يختلفُ باختلافها في الطحن؛ لأنها إذا كانت قوية كان الطحنُ أسرع والمطحونُ أنعم، ومن شرطه أيضًا أن يشاهد صاحبُها الحَجَرَ ليعلم ثِقله وخِفته، ومن شرطه تقديرُ الطحن إما بالزمان فيقول يومين أو يومًا أو أقل أو أكثر، أو بالمقدار فيقول كذا وكذا قفيزًا.

وإن اكتراها للدولاب فمن شرطه أن يشاهد صاحبُها الدولابَ ويشاهد دِلاءه؛ لأن الغرض يختلف بثقل ذلك وخفته.

وإن اكتراها للاستقاء بالغرْبِ فمن شرطه أن يشاهد صاحبُ البهيمة الغرْبَ، ومن شرطه أن يقدر الاستقاء إما بالزمان فيقول «كذا يومًا» أو بالقدر فيقول «كذا غرْبًا»، ولا يجوزُ أن يقدره بموضع السقي فيقول «علىٰ أن أسقي به هذا البستان» أو «هذه القطعة من الأرض» لأن ذلك يختلف اختلافًا متباينًا، فربما كان به عطش شديد فلم يكفه إلا الماء الكثير، وربما كان ريانًا فكفاه الماء القليل.

فإن أكراها للحرث كان من شرطه أن يشاهد ربُّ البهيمة الأرض؛ لأنها قد تكون صلبةً فتكد البهيمة، وقد تكون رخوةً فيسهل عليها حرثها.

ويقدر العملَ بالمكان مثل أن يقول «تحرث لي هذا الجَرِيب»، أو «هذه

القطعة من الأرض»، أو يقدر ذلك بالزمان فيقول: «تحرث لي بها يومًا» أو «يومين» ويفارقُ هذا الاستقاءَ حيث قلنا لا يجوز التقدير فيه بالمكان؛ لأن ذلك يختلف علىٰ حسب ما بيناه، وأما في الحرث فلا يختلف.

فصل في بيان ما على المكري وما على المكتري

على المُكْرِي السَّرْجُ إن كانت مما تُسرج والإكافُ والقَتَبُ واللجام والمِقْود والبُرة التي تكون في أنف الجمل والبرذعة.

وعلى المُكْتَرِي المحمِلُ والكنيسةُ[1] والحبلُ الذي يشد به المحمِلُ والوِطاء - وهو الذي يكون تحت الكنيسة وفوق البالان وهو محشوٌّ كالمخدة - كل ما يتعلق بمصلحة الكنيسة والقتب فهو عليه.

وأما حطُّ[2] المحمل والكنيسة فعلىٰ المُكْرِي، وكذلك حملُهما علىٰ البهيمة وشدُّهما عليها، وأما شدُّ قيد المحمل ففيه وجهان؛ **أحدهما**: علىٰ المُكْرِي لأنه من جملة الشد، **والثاني**: علىٰ المُكْتَرِي لأنه من مصلحة المحمل.

• فَصْلٌ •

إذا اكترى بهيمةً للركوب وشَرَطَ مقدارًا معلومًا في كل يوم؛ صح ذلك، وإن أطلق فإن كان في المسافةِ مراحل معلومة وجرت العادة بقطعها في كل يوم مرحلة صح، وإن لم يكن في ذلك عادة لم يصح كما نقول إذا أطلق الثمن في البيع.

قال أبو إسحاق: قد جرت العادةُ في قطع البادية إلىٰ مكة في أيام الحج بما لا تطيقه الحَمولة، فلا يجوز الإطلاق في ذلك؛ لأن الإطلاق لا يمكن حملُه عليه، لما فيه من حمل الحَمولة علىٰ ما لا تطيق.

---

(١) ما يجعل فوق الدابة ليستظل به الراكب.

(٢) في (ص): «حفظ»، وهو تصحيف.

• فَصْلٌ •

إذا اختلفا فقال المُكْرِي: أنزل بظاهر البلد، وقال المُكْتَرِي: أنزل داخل البلد، فإنه يحمل علىٰ العادة في نزول القوافل بتلك الناحية.

• فَصْلٌ •

إذا اكترى بهيمة تتعبه وتكدُّه؛ نُظر؛ فإن كان ذلك من جهة أنه لا بَصَرَ له بعادة الركوب لم يلزم المُكْرِي شيء، وإن كان من جهة البهيمة فإن اكتراها بعيبها، فله ردُّها، ولا يأخذ بدلها؛ لأنه ردٌّ بعيب، وإن اكتراها في الذمة فله إبدالها.

• فَصْلٌ •

عليه أن يُنْزِلَ البعيرَ لركوب المرأة، لأنها عورةٌ فربما انكشفت، وكذلك يبركه للمريض؛ لأنه في هذا المعنىٰ، ويُعتبر في ذلك حال الركوب دون حال العقد، فإن عقد وهو صحيح ثم مرض لزمه أن يبركه له، وإن عقد وهو مريض ثم صح لم يلزمه ذلك، ولا يلزمه أن يبركه لأكل المُكْتَرِي ولا شربه لأنه يمكنه ذلك علىٰ ظهر البهيمة، وكذلك الصلاة النافلة، فأما الفريضة فإنه يلزمه أن يبركه لها والمصلي بالخيار بين القصر و الإتمام، وليس له أن يجبره علىٰ القصر للعجلة، لكن تكون صلاتُه قصيرة في تمام، وهو أن يتمم أركانها ويخفف أذكارها، ويلزمه أن يبركه لقضاء حاجته وطهارته لأن ذلك لا يمكنه علىٰ ظهر البعير، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ ﷺ: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَكَارَى بَعِيرًا بِعَيْنِهِ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ إِلَّا

عِنْدَ خُرُوجِهِ، فَإِن مَاتَ الجمل رَدَّ الْجَمَّالُ مِمَّا أَخَذَ مِنْ الْكِرَاءِ بِحِسَابِ مَا بَقِيَ)[١].

وهذا كما قال.. إذا اكترىٰ عينًا من الأعيان، فلا يخلو من أن يكون عقارًا أو غيره.

فإن كان عقارًا فلا بد من شرطين؛ **أحدهما**: أن يكون معلومًا، **والثاني**: أن تكون المنفعة معلومة، وتصيرُ العين معلومة إما بالمشاهدة أو بالتحديد، فيشاهدها، ثم يحددها، فيقول «حدها الأول ينتهي إلىٰ كذا، والثاني إلىٰ كذا» كما يقول في البيع.

وأما المنفعةُ فإنها لا تصير معلومةً إلا بالزمان؛ لأنها لا تُكال ولا تُوزن ولا تُعد ولا تُذرع، فوجب تقديرُها بالزمان، وإنما شرطنا أن تكون معلومةً؛ لأن العوض في مقابلتها يثبت، فلم يكن بُدٌّ من أن تكون معلومة، كما أن المثمن لما كان الثمن يثبت في مقابلته لم يكن بُدٌّ من أن يكون معلومًا.

فإذا ثبت هذا، فإن من الشرط أن تكون المنفعة متصلة بالعقد، ويشترطانها من حين العقد، فأما إذا قال «أجرتُك هذه الدار شهرًا» ولم يقل «من هذا الوقت» لم يصح ذلك، وكذلك إذا أجره شهرًا مستقبلًا إلا أنه لم يدخل لم يصح، وقال أبو حنيفة: يصح.

والخلافُ معه في فصلين؛ **أحدهما**: إذا أطلق ولم يقل من هذا الوقت، **والثاني**: إذا أجره شهرًا مستقبلًا لم يدخل بعد.

فأما الفصل الأول فقد احتج من نصر مذهبه بأنها مدة مضروبة في عقد، فوجب أن يتعقب العقد إذا أطلقت، أصله: إذا قال «والله لا أكلم فلانًا شهرًا» وأصله: مدة الإيلاء.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٦).

وهذا غلطٌ؛ لأنها إجارةٌ علقها بشهر مطلق أو بشهر مُنكَّرٍ، فلم يصح، أصله: إذا قال «أجرتُك شهرًا من شهور هذه السنة».

فأما الجوابُ عن قياسهم، فهو أنه ينتقض بمن قال «لله عليَّ أن أعتكف شهرًا» أو «أصوم شهرًا»، فإنه لا يتعقبُ العقد.

ثم المعنىٰ في الأصل أن المقصود منه الهجرة والجفاء وذلك في العادة يكون متعقبًا للحرد، وليس كذلك في مسألتنا، فإنه لا عرف يحمل عليه.

وأما الفصلُ الثاني، فاحتج من نصره بأنه إذا أجره شهرًا مستقبلًا لم يدخل، فإنه يصح، والإجارة تقعُ علىٰ منافع مستقبلة، فلا فرق بين أن تكون متصلة أو منفصلة، ولا يجوز أن يكرِيَها شهرين في عقدٍ واحد، فكذلك في عقدين كما نقول في بيع عبدين.

ودليلُنا أنه لا يخلو إما أن يعلِّق العقدَ علىٰ زمان مستقبل، [أو يعقد العقد ويشترط تأخير التسليم، فلا يصح أن يعلِّق العقدَ علىٰ زمان مستقبل][1] لأنا أجمعنا علىٰ أنه إذا قال «إذا جاء رمضان فقد أجرتُك هذه الدار» لا يصح، ولا يصح أن يشترط تأخير التسليم؛ لأن العقد المتعلق بعين لا يصح فيه اشتراط تأخير التسليم كما نقول في بيع السلعة.

فأما الجوابُ عن دليلهم الأول، فهو أن الفرق بينهما واضح؛ لأنها إذا كانت متصلة لم يمكن شرط تأخير التسليم، [وإذا كانت منفصلة حصل شرط تأخير التسليم][2] **وهذا الجوابُ عن دليلِهم الثاني.**

والمعنىٰ في الشهرين والعبدين أن تأخيرَ التسليم لا يُشترط فيهما، وفي مسألتنا يُشترط تأخير التسليم فلم يصح ذلك، والذي يوضح ما ذكرناه -

---

(١) ملحق بهامش (ص) ومصحح عليه.

(٢) ليس في (ص).

وأن تأخير التسليم لا يصح فيما يمكن تعجيلُه - أنه لو باعه دارًا فيها قماش لم يلزمه تسليمُها إليه إلا بعد تفريغها من القماش، ولو كانت فارغةً لا قماش له فيها لزمه أن يسلِّمها إليه من غير تأخير، فكذلك الأعيان المستأجرة لا يجوز تأخير تسليمها لتأتِّي ذلك فيها، وأما المنافعُ فلا يمكن استيفاؤها إلا علىٰ تراخي الزمان، فلذلك جاز تأخرها عن حال العقد، وبان الفرقُ بينهما.

إذا ثبت ما ذكرناه، فإن سلَّم إليه العينَ المستأجرةَ إثر العقد وحصلتْ في يده إلىٰ أن انقضتِ المدةُ استقرت عليه جميعُ الأجرة، ثم يُنْظر فإن كان العقدُ صادف أولَ الشهر فأجره شهرًا، فإنه يكون معتبَرًا بالهلال، فإذا أهلَّ هلال الشهر الآخر انقضت الإجارة، سواء كان الشهر تامًّا أو ناقصًا وإن لم يصادف أولَ الشهر كان الاعتبار بالعدد، فيعد من ذلك الوقت تمام ثلاثين يومًا، وقد استوفىٰ حقه.

فأما إن تلفت الدار قبل مضي المدة فلأصحابنا فيها طريقان؛ **أحدهما:** لا ينفسخ العقد لأنه يمكنه الانتفاع بالعرْصة، **والثاني:** ينفسخ العقد فيما بقي من المدة.

وهل ينفسخ فيما مضىٰ؟ علىٰ طريقين؛ **أحدهما:** فيه قولان كما قلنا في تفريق الصفقة علىٰ البائع، **والثاني:** لا ينفسخ العقد قولًا واحدًا؛ لأن الهلال طرأ عليه ولم يقارنه.

وأما إذا لم يسلِّم إليه حتىٰ مضت بعض المدة فإنه ينفسخ فيما مضىٰ؛ لأنه معقود عليه تلف قبل القبض، ويكون الحكمُ في الباقي علىٰ طريقين؛ فمِن أصحابِنا مَن قال المسألة علىٰ قولين، ومنهُم مَن قال يصح قولًا واحدًا، ويكون له الخيار، فلا فرق بين أن يبطل فيما مضىٰ أو فيما بقي؛ لأن البعض تلف لا الكل.

• فَصْلٌ •

قد مضى الكلامُ في العقار، فأما غيرُ العقار كالدابة والحمار والبغل، فإنه يجوز عقدُ الإجارة عليه معينًا وفي الذمة؛ لأن هذه الأشياء يجوز ثبوتُها في الذمة في البيع، فجاز إجارتُها معينة وفي الذمة.

ويفارق العقار حيث قلنا لا يجوزُ عقدُ الإجارة عليه في الذمة؛ لأن من صفات العقار تعيين موضعه؛ لأنه يختلف باختلاف مواضعه اختلافًا متباينًا، والتعيينُ والذمةُ لا يجتمعان، كما إذا أسلم في ثمرة بستان بعينه لم يصح.

إذا ثبت هذا، فإذا استأجر شيئًا لم يخْلُ من أن تكون المنفعة معلومة أو مجهولة، فإن كانت مجهولة وجب تقديرها بالزمان؛ لأن المنفعة غير معلومة، فوجب تقديرها، ولا تتقدر إلا بالزمان، فإذا قدرها بالزمان كان الحكم في ذلك كالحكم في العقار سواء، فإن كان ذلك مما يتقدر بنفسه وقدره بالزمان، لم يجز تقديره بنفسه مثل أن يقول: «استأجرتُك لتبني هذا الحائط في يوم» لأن تقدير المنفعة بنفسها غرر، والتقدير بالزمان غرر، والغرر إذا أضيف إلىٰ الغرر منع الصحة.

فأما إذا كانت المنفعة معلومة مثل أن يقول «استأجرتُك لتبني هذا الحائط» أو «لتخيط هذا الثوب» صح ذلك؛ لأن المنفعة صارت معلومة بتقدير العمل كما تصير معلومة بتقدير الزمان وهو إذا قال «استأجرتُك لتبني معي يومًا».

إذا ثبت هذا، فإن أطلق اقتضىٰ ذلك التعجيلَ، وإن شرط التعجيلَ كان تأكيدًا، وإن شرط التأخيرَ لم يصح، فإن شرط التعجيلَ ولكنه تأخر التسليمُ مدة لم يضر ذلك العقد، ويفارق إن كان مقدرًا بالزمان، حيث قلنا إذا تأخر مدة بطل العقد في تلك المدة؛ لأن ذهابها تلفٌ للمعقود عليه، وليس كذلك إذا كانت المنفعة مقدرة بنفسها؛ لأن بمضي الزمان لا يتلف شيءٌ مما عقد

عليه فلم يؤثر في العقد، فإذا سلَّم العين المعقود عليها إلىٰ المُكْتَرِي فلم ينتفع بها حتىٰ مضت جميع المدة فإن الأجرة تستقرُّ عليه ويكون كما لو استوفىٰ المنفعة.

وقال أبو حنيفة: إذا استأجر بهيمةً ليركبها إلىٰ النهروان، وتسلَّمها مدة يمكنه أن يسير فيها تلك المسافة، فلم يفعل، لم تستقر عليه الأجرة.

واحتج بأنه ما تمكَّن من استيفاء المنفعة في مواضعها؛ لأن مواضعها تلك البقاع، ويفارق هذا إذا سيَّرها في تلك البقاع من غير أن يركبها لأنه قد تمكن من استيفاء المنافع.

ودليلُنا أنه مكَّنه من استيفاء المنفعة المعقود عليها في زمانٍ يمكنُه استيفاؤها منه، فوجب أن تستقر عليه الأجرة، أصله: إذا سيَّرها ولم يركبها.

فأما الجوابُ عما قاله فهو أنه قد مكَّنه من الاستيفاء، وإنما لم يستوفِ بنفسه، فوجب أن تستقر عليه الأجرة، كما إذا استأجر عبدًا فسلَّمه إليه فلم يستخدمه.

هذا كله إذا كانت الإجارةُ معينة والمنفعةُ معلومة بتقدير الزمان أو العمل، فأما إذا كانت في الذمة مثل أن استأجر منه ظهرًا للركوب وذَكَرَ الشرائطَ التي يضبط بها، فإنه يصح، وعليه تسليم ظهرٍ علىٰ تلك الصفات، ولا فرق بين أن يكون حالًّا أو مؤجلًا؛ لأن ما يثبت في الذمة جاز حالًّا ومؤجلًا، كما نقول في الثمن والسَّلم، ويفارق إذا كانت الإجارة معينة لأن العقد إذا وقع علىٰ معين لم يجز شرط تأخير التسليم فيه، فإذا سلَّم إليه الظهر في وقته وتلف قبل استيفاء المنفعة كان له أن يستبدل به غيره؛ لأن العقد لم يتناول عينًا، ويفارق إذا استأجر بهيمةً بعينها حيث قلنا إذا تلفت لم يكن له إبدالها، وذلك بمثابة الثمن إذا كان في الذمة فأصاب به عيبًا كان له إبداله، ولو كان معيبًا وأراد رده لم يكن له أخذ بدله، والله أعلم بالصواب.

• فَصْلٌ •

إذا استأجره ليحصل له خياطة خمسة أيام، لم يصح ذلك؛ لأن العملَ يختلف بخفة صنعة الصانع وثقلها، فربما كان بليدًا فلم يرتفع له كبير عمل، وربما كان فارهًا فبلغ الكثير من العمل، وليس كذلك إذا كان العقد علىٰ صانع بعينه لأن عمله لا يختلف، ومثل هذا إذا استأجر منه بهيمةً في الذمة ليركبها خمسة أيام لم يجز للعلة التي ذكرناها.

• فَصْلٌ •

يجوز عندنا السَّلَمُ في المنافع، فإذا أسلم في منافع، نُظِر، فإن كان بلفظ السلم فمِن شرْطِه قبضُ المال في المجلس، وإن كان بلفظ الإجارة مثل أن يقول «استأجرتُ منك ظهرًا بكذا» أو وصف أوصافه المعتبرة، ففي ذلك وجهان؛ **أحدهما**: يجب قبضُ المال في المجلس اعتبارًا بالمعنىٰ، **والثاني**: ليس ذلك من شرط وجوبه اعتبارًا باللفظ، وهذا كما قلنا في البيع، فإنه إذا قال: «أسلمتُ إليك في كذا»، فإن مِن شرْطِه قبض رأس المال في المجلس وإن قال «اشتريتُ منك كذا» وذكر الصفات التي تذكر في السَّلم ففيه وجهان؛ **أحدهما**: يعتبر المعنىٰ، **والثاني**: يعتبر اللفظ.

• فَصْلٌ •

إذا غُصبت البهيمةُ المستأجرةُ فإن كانت في يد المُكْرِي فغصبها المُكْتَرِي كان قبضًا للمعقود عليه، وإن كانت في يد المُكْتَرِي فغصبها المُكْرِي كان كالمتلف للمعقود عليه وانفسخ العقد، وإن غصبها أجنبيٌّ ففيه قولان؛ **أحدهما**: ينفسخ العقد ويرجع المُكْتَرِي علىٰ المُكْرِي بالمسمىٰ، **والثاني**: يكون له الخيار بين أن يفسخ ويرجع علىٰ المُكْرِي وبين أن لا يفسخ ويرجع

علىٰ الغاصب بأجرة المثل، ومثل هذا ما قلنا في المبيع إن كان في يد البائع فغصبه المشتري كان قبضًا، وإن غصبه البائع من يد المشتري انفسخ العقد، وإن غصبه أجنبي فعلىٰ قولين، ولا فرق بين أن يغصبه الأجنبي من يد البائع أو من يد المشتري، وكذلك في غصب المستأجر مثله سواء.

فرع

إذا استأجر عبدًا فأبق، لم يبطل العقد؛ لأنه يرجى رجوعه، فإن فسخ العقد كان له ذلك، وإن لم يفسخه، نُظر، فإن عاد وقد بقي من المدة بقية، فإن العقد ينفسخ فيما فات حال الإباق، وفي الباقي طريقان، مِن أصحابِنا مَن قال فيه قولان، ومنهُم مَن قال لا ينفسخ قولًا واحدًا، وأما إذا لم يعد حتىٰ مضت جميع المدة فإنه ينفسخ فيما فات حال إباقه، وأما القَدْرُ الذي استوفاه قبل إباقه فعلىٰ طريقين[1].

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الرِّحْلَةِ رَحَلَ، لَا مَكْبُوبًا، وَلَا مُسْتَقْلَبًا)[2].

وهذا كما قال.. إذا اختلفا فقال الجمَّال: أريد أن أوسع قيد المقدم وأضيق قيد المؤخر ليرتفع مؤخره وينزل مقدمه، فإنه أخف علىٰ الجمل إلا أنه أتعب للراكب، وقال الراكب: أريد بالعكس من هذا؛ لأنه أمكن لجلوسي إلا أنه أتعب للجمل، فإنه لا يلتفت إلىٰ قول أحدهما، بل يجعل علىٰ الاستواء من غير أن يضيق أحد القيدين ويوسع الآخر فيكون معتدلًا.

---

(١) ينظر تحرير الفتاوي لأبي زرعة بن العراقي (٢/ ٢٨٩).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٦).

• فَصْلٌ •

إذا اختلفا في السير، فقال المُكْتَرِي: يكون السير نهارًا؛ لأنه أصون للمتاع، وقال المُكْرِي: يكون ليلًا؛ لأنه أخف علىٰ البهيمة؛ نُظر، فإن كانا قد شرطا أحد الزمانين حُمِل عليه، وإن لم يشرطا وكانت قد جرت العادةُ[١] بقطع المسافة في أحدهما حُمل علىٰ العادة وإن لم يكن فيه عادة كان العقد باطلًا كما نقول في الثمن إذا أطلقه.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالْقِيَاسُ أَنْ يُبْدَلَ مَا يَفْنَىٰ مِنْ الزَّادِ، وَلَوْ قِيلَ الْمَعْرُوفُ أَنَّ الزَّادَ يَنْقُصُ فَلَا يُبدَلُ كَانَ مَذْهَبًا)[٢].

وهذا كما قال.. إذا اكترىٰ وشرط حمْلَ الزاد معه كان له ذلك، فإن سُرِق كان له إبداله بلا خلاف، وأما إذا تلف بعضُه بالأكل، فهل له إبداله أم لا؟ فيه قولان؛ **أحدهما**: له ذلك كما لو اكترىٰ لحمل متاع ثم باع بعضه، **والثاني**: ليس له ذلك؛ لأن العادة قد جرت أن الزاد إذا نقص لم يبدل، وعلىٰ هذا إذا أتلفه وكان بين يديه مراحل يوجد فيها زاد اشترىٰ منه كفايته منزلًا منزلًا، وإن كان لا يوجد بين يديه زاد أو يوجد ولكن بثمن غال، كان له أن يبدل الزاد ويحمله مع نفسه.

فَرع

إذا اشترط النزول للرواح لزمه ذلك، وإن شرط أن لا ينزل لم يلزمه، وإن أطلق ففيه وجهان؛ أحدهما: يلزمه النزول لأن العادة قد جرت بذلك،

---

(١) زيادة ضرورية.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٦).

[والثاني: لا يلزمه][(١)] لأنه يستحقُّ حمله في جميع المسافة، فأما إذا كان ضعيفًا إما عليلًا أو امرأة فإنه لا يلزمه النزول في الرواح إذا كان العقد مطلقًا؛ لأن العادة لم تجر بنزول هؤلاء.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (وإِنْ هَرَبَ الْجَمَّالُ، فَعَلَى الْإِمَامِ أَنْ يَكْتَرِيَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ)[(٢)].

وهذا كما قال.. إذا هرب الجمَّال ومعه الجِمال، فإن المُكْتَرِي يرفع ذلك إلىٰ الإمام، فإذا ثبت ذلك عند الإمام أنفذ في طلبه، فإن وجده ألزمه الوفاء بما عليه، وإن لم يجده، نُظر، فإن كانت الإجارةُ في الذمة ووَجَد الإمامُ للجمَّال مالًا اكترىٰ عليه منه، وإن لم يجد مالًا استقرض عليه من بعض الناس أو من بيت المال، واكترىٰ للمستأجر ما يستحقه، وإن لم يجد من يقرضه، ولم يكن في بيت المال شيءٌ استقرض عليه من المستأجر، واكترىٰ له، وإذا أراد أن يكتري له فإنه لا يسلم إليه ليكتري[(٣)] لنفسه بل يكتري[(٤)] له الإمامُ أو أمينُه؛ لأنه لا يجوز أن يكون وكيلًا في حق نفسه لنفسه، كما لا يجوز أن يشتري المسْلَم فيه لنفسه عن المسلم إليه، وإن لم يجد من يقرضه كان له الخيار في الفسخ، لأن حقه معجَّل، فإذا تأخر كان له الخيار كما قلنا في المُكْتَرِي [إذا أفلس بالأجرة كان للمكري الخيار، وكما قلنا في المشتري][(٥)] إذا أفلس بالثمن فإن اختار الفسخ كان له ذلك

(١) ما بين المعقوفين زيادة منا، والسياق يقتضيها.
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٦).
(٣) في (ف): «ليكري».
(٤) في (ف): «يكري».
(٥) ليس في (ص).

وسقطت الإجارة وكان ما دفع إليه دينًا في ذمته، فإن كان له مال ظاهر قضىٰ حقه منه، وكذلك لو لم يجد من يكري له منه فإنه يقضي حقه إن كان له مال ظاهر، ولا يجوز أن يستقرض إن لم يكن له مال؛ لأن الذي عليه دينٌ فلا يجوز أن يقضي بدين.

هذا كله إذا كانت الإجارة في الذمة، فأما إذا كانت معينة فلا يجوز للحاكم أن يكتري له، كما إذا اشترىٰ عينًا فوجد بها عيبًا لم يكن له إبدالها وله ردُّها، ولو قبض المسلَمَ فيه ووجد به عيبًا؛ كان له إبداله؛ لأن العقد وقع في الذمة.

فإذا ثبت أنه لا يجوز أن يكري له بمال من ماله ولا يقرض، فإنه يثبت له الخيار؛ لأن حقه حالٌّ، وقد تعذر عليه استيفاؤه في الحال.

فإن اختار الفسْخَ وفَسَخَ العقدَ سقطت الإجارة، وثبت له ما أعطاه في الذمة فإن كان له مال قضىٰ منه، وإن لم يكن له مال لم يقترض عليه، وإن لم يفسخ وبقي علىٰ العقد، نُظر:

فإن كان العملُ مجهولًا في نفسه وكانت الإجارةُ مقدرةً بمدة فإن المعقود عليه يتلف علىٰ حسب ما يمضي من الزمان، فإن رجع الجمَّال قبل تقضِّي المدة، فقد انفسخ العقد فيما فات، وأما ما كان قد استوفاه قبل أن يهرب فعلىٰ الطريقين.

وإن كان العمل معلومًا في نفسه غير مقدر بالزمان، فإذا رجع الجمَّال طولب بإيفاء ذلك، سواء كان بعد مضي مدة كانت المنفعة المستأجرة يستوفي في مثلها أو قبل مضيها؛ لأن المعقود عليه لا يتلف بمضي الزمان، ويفارق إذا كانت المدة مقدرة لأن المنفعة تتلف بمضي الزمان.

هذا كله إذا هرب بِجِماله، فأما إذا تَرَكَ الجِمَال فإن النفقة عليها في مال صاحبها؛ لأنه مالك، ونفقة المملوك علىٰ المالك، فإذا رفع ذلك إلىٰ

الحاكم وثبت عنده فإن كان له مالٌ ظاهرٌ أنفق عليها منه، وإن لم يكن له مال وكان فيها فضل علىٰ ما يستحقه المُكْتَرِي باعه وأنفقه علىٰ الباقي، وإن لم يكن فيها فضل استقرض من بعض المسلمين أو من بيت المال أو من المُكْتَرِي وأنفق عليها، فإذا حصل ذلك المالُ المستقرض، فإن الحاكم ينفق عليها لعلفها وما تحتاج إليه أو أمينُه[1]

وهل يجوز أن يسلمه إلىٰ المُكْرِي لينفقه عليها ؟ فيه قولان؛ **أحدهما**: لا يجوز ذلك؛ لأنه لا يجوز أن يكون أمينًا في حق نفسه، **والثاني**: يجوز؛ لأنا إذا لم نجعل له ذلك وجعلناه إلىٰ أمين الحاكم شقَّ عليه؛ لأنه يحتاج أن يرجع إليه في كلِّ قليل وكثير مما تحتاج إليه الإبل فجاز لأجل الضرورة.

فإن قلنا لا يجعله إليه، فإن أمين الحاكم ينفق عليها، فإن جعل ذلك إلىٰ المُكْرِي كان بمنزلة أن ينفق من غير حُكم الحاكم، فإذا رجع الجمَّال وصدَّقه فيما أنفقه أو قامت له بينة رجع به عليه، وإن لم يصدقه ولم يقم له به بينة، فإنه لا يرجع.

وإن قلنا إن له أن يجعله إليه وادعىٰ قدرًا من النفقة فإن كان ذلك بتقدير الحاكم رجع به، وإن لم يكن بتقديره لكن صدَّقه الجمَّال رجع به، ولا يُقبل قولُه فيما زاد علىٰ القصد بالمعروف، وإن قامت له به بينة.

هذا كله إذا رفع إلى الحاكم، فأما إذا لم يرفع إلىٰ الحاكم مع تمكنه فإنه لا يكون له الرجوع؛ لأنه أنفق بغير إذنه، ولا إذن من ينوب عنه، وإن لم يكن هناك حاكم فإن لم يشهد أو أشهد ولم يشترط الرجوع لم يكن له الرجوع.

وإن أشهد واشترط الرجوع فهل له ذلك أم لا؟ فيه وجهان؛ **أحدهما**: له ذلك؛ لأنه موضع ضرورة، **والثاني**: لا رجوع له؛ لأنه أنفق بغير إذنه ولا إذن

---

(١) ينظر كفاية النبيه لابن الرفعة (١١/ ٢٨١) فقد نقل كلام المصنف ههنا.

من ينوب عنه.

وكلُّ موضع قلنا له الرجوعُ بالنفقة، فإذا بلغ الغايةَ المحدودة ولم يرجع الجمَّال فإن الحاكمَ يبيع بعضَ جماله أو جميعها ويوفيه حقَّه منها، فإن باع البعض ووفىٰ بقدر الإنفاق، نُظر فيما بقي، فإن كان الأحظُّ له أن يبيعها - لأنه لو تركها أكل بعضُها بعضًا - فإنه يبيعها، ويحفظ الثمن عليه، وإن كان الأحظُّ في إمساكها فإذا رجع ردها عليه.

• فَصْلٌ •

يجوزُ الاستئجارُ لحفرِ الآبار؛ لأنه عملٌ يجوزُ التبرعُ به، فجاز العقدُ عليه، أصله: سائر الأعمال، ومِن شرْطه أن يكون معلومًا إما بالزمان، فيقول «كذا كذا يومًا»، وإما بالعمل، فإن قدره بالعمل فمِن شرْطِه أن يشاهد موضع الحفر لأن الأرض تختلف فتكون رخوة وصلبة، ومِن شرْطه أن يذكر قدر الدور والعمق بالذراع المتعارف بين الناس، فإذا استأجر وحفر ثم انهار من جانب البئر فيها تراب، فإن إخراجه علىٰ المستأجر دون الآجر؛ لأن ذلك ملكه حصل فيها، فهو كما لو وقع فيه طعام له أو غيره.

فإن قيل: هلا قلتم أن ذلك علىٰ الأجير كما قلتم فيما يخرج منها من التراب، **فالجوابُ** أنه استأجره علىٰ الحفر، والحفر لا يحصل إلا بإخراج ترابِها، فافترقا.

وإذا خرج عليه حجر وأمكنه أن يحفره لزمه ذلك وإن كان فيه مشقة؛ لأنه التزم الحفر بالعقد، فلزمه ذلك مع اختلافه، وإن كان لا يمكنه حفره فإن العقد ينفسخ فيما بقي، وهل ينفسخ فيما مضىٰ؟ علىٰ الطريقين.

فإذا قلنا لا ينفسخ - وهو الصحيح - وأن المسمىٰ يتقسَّطُ علىٰ أجرة المثل، فإن كان أجرة مثل ما حفر خمسة وأجرة مثل ما بقي عشرة كان له

ثلث المسمىٰ ولا يتقسَّط ذلك علىٰ قدر الأذرع؛ لأن حفر الأعلىٰ أسهلُ وأقربُ إلىٰ نقل التراب من الأسفل.

وهكذا إذا نبع الماءُ قبل أن يبلغ الحدَّ الذي شرطه ولم يمكن الزيادة علىٰ الحفر، فحُكْمه مثل حُكم الحجر.

والاستئجارُ لحفر الأنهار والقنوات يجوز، ومِن شرْطِه أن يكون معلومًا بالزمان أو بالذرع ويتقدر العملُ به فإن قدَّره بالذرع فمن شرْطِه مشاهدة الأرض.

وكذلك إذا استأجره لضرب اللَّبِن، قدَّره بالزمان أو العمل، فإن قدَّره بالعمل فمن شرْطِه أن يشاهد الموضع الذي يضرب فيه؛ لأن الغرض يختلف بقرب الماء وبُعده، ويذكر العدد، ويشاهد القالب.

وإذا استأجره للبناء قدَّره بالزمان أو بالعمل، فإن قدَّره بالزمان قال: «استأجرتُك لبناء حائط كذا وكذا يومًا»، وإن قدَّره بالعمل احتاج أن يقدِّر عرض الحائط وطوله وسُمكه، وهل هو من لبن أو آجُر وبجِصٍّ أو بطين؛ لأن الغرض يختلف بذلك.

• فَصْلٌ •

يجوزُ الاستئجارُ للإرضاع، لقوله تعالىٰ ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ﴾ [الطلاق: ٦] ولأن الحاجة تدعو إلىٰ ذلك، إذ الأم ربما لم يدر لها لبن، وربما ماتت، فجاز العقد عليه كما جاز علىٰ الدار والبهيمة، والصحيحُ من المذهب أن العقدَ يصحُّ علىٰ الإرضاع دون الحضانة من مراعاة الصبي وغسل خرقه، فإذا أُطلق العقدُ لم يلزمها إلا الإرضاع فحسب، وإن شرط الحضانة مع الإرضاع جاز ولزمها الأمران جميعًا.

ومِن شرْطِه أن تكون المدة معلومةً؛ لأنه لا يمكن تقديره بالعمل نفسه لأن الإرضاع يختلف.

ومِن شرْطِه أن يشاهد الصبي، وأن تكون الأجرة معلومة.

وإن استأجرها بنفقتها وكسوتها مدة الإرضاع لم يصح، وقال أبو حنيفة: يصح.

واحتج من نصره بقوله تعالىٰ ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [البقرة: ٢٣٢].

ودليلُنا أنها أجرة مجهولة، فوجب أن يمنع صحة العقد كالإجارة علىٰ غير الإرضاع والإجارة علىٰ الإرضاع بغير الكسوة والنفقة مما يكون مجهولًا، ولأن ما لا يجوز أن يكون أجرةً في غير الرضاع لم يجز أن يكون أجرةً في الرضاع، أصله: الدراهم والدنانير المجهولة.

فإن قيل عقدُ الرضاع مخالفٌ لغيره؛ لأنه يصح مع جهالة المقصود، **قيل** المدة المذكورة تقديرًا له كما تكون تقديرًا في سائر الإجارات.

فإن قيل الرضاعُ تستباح فيه العين بعقد الإجارة بخلاف غيره، فجاز أن يكون العوض مجهولًا، **قلنا**: فيجب أن نجوزه بالدراهم المجهولة إن كان لهذا المعنىٰ.

فأما الجوابُ عن الآية، فهو أن المراد به الزوجات بدلالة قوله ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

فإن قيل لم خص حال الرضاع بذلك والزوجة تستحق النفقة وإن لم تكن ترضع، **قلنا**: لأن الزوجة تشتغلُ بخدمة الولد عن الزوج، فربما توهم سقوط نفقتها، فأبان أنها لا تسقط بذلك، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

قد ذكرنا أن الإجارةَ جائزةٌ، فإذا ثبت ذلك، فإن كان الولد موسرًا، فإن الأجرة في ماله؛ لأن نفقة الموسر في ماله، وإن كان مُعْسرًا كان ذلك في مال الأب كما تكون نفقته.

• فَصْلٌ •

ومِن شرْطِ صحة الإجارة على الرضاع تعيينُ الموضع، فإن الغرض يختلف بذلك، فإنها إذا أرضعته في بيتها كان أسهلَ، وإن أرضعته في بيت أبويه كان أشقَّ عليها.

• فَصْلٌ •

إذا مات أحدُ الثلاثة، فإن كان الأب لم يبطل العقد؛ لأن العقد لا يبطل بموت العاقد مع سلامة المعقود عليه، وإن ماتت المرضعة بطل العقد؛ لأن العمل قد تعذر.

وإن مات الولد ففيه وجهان؛ **أحدهما:** لا يبطل؛ لأن المستأجر إذا مات لا يبطل العقد بموته، مع أنه هو العاقد المستوفي، وهاهنا العاقد غيره وهو مستوفىٰ به فكان أولىٰ أن لا يبطل، **والوجه الثاني:** يبطل؛ لأن المحل الذي وجب إيقاع العمل فيه قد تلف، فبطل العقد، كما إذا استأجره ليهدم له حائطًا فوقع قبل هدمه.

• فَصْلٌ •

إذا أرادتِ المرأةُ أن تؤجِّرَ نفسَهَا إما للرضاع أو للخدمة، فإن كان ذلك برضا الزوج صح؛ لأن المنفعة لا تخرج عنهما؛ لأنها بينهما، وهذا كما نقول إن المكاتب يجوز له أن يستأجر بإذن سيده؛ لأن المال بينهما لا يخرج عنهما.

وإن كان ذلك بغير إذنه فهل يصح أم لا ؟ فيه وجهان؛ **أحدهما:** يجوزُ؛

لأنها تعقد علىٰ الاستمتاع، والزوج لا يملك منها إلا الاستمتاع حسب، **والثاني**: لا يجوز؛ لأنه يفوت بذلك الاستحقاق الذي يثبت له من الاستمتاع بها والاحتباس في بيته والكون تحت يده، فلم يصح ذلك، كما لو أجرت نفسها وحكمنا بصحتها ثم أجرتها ثانية، فإذا قلنا لا يصح، فلا كلام، وإذا قلنا يصح فإن الخيار يثبت له؛ لأن الاستمتاع الذي هو حق له يختل بذلك ويفوت، فجعلنا إليه فسخ العقد الذي عقد به.

• فَصْلٌ •

إذا رُزق من امرأته ولدًا، لم يكن له أن يُجْبرها على رضاعه إن امتنعت من ذلك، ويفارق الأمة وأم الولد؛ لأن هؤلاء يملك رقابهن، والزوجةُ لا يملك رقبتها، وإنما يملك الاستمتاع بها، وأما المكاتبةُ فإنه لا يجوز أن يجبرها علىٰ الرضاع؛ لأنه لا يملك منافعها وكسبها.

فأما إذا تطوعتِ الزوجةُ بإرضاع الولد لم يُجبر الأب علىٰ ذلك؛ لأنه يختل استمتاعه بها، فإن تعاقدا عقد الإجارة لم يصح؛ لأنها أخذت عوضًا في مقابلة الاستمتاع والتمكين من الاستمتاع، فلا يجوز أن تأخذ عوضًا آخر، فأما إذا بانت منه جاز أن يستأجرها للرضاع؛ لأنها قد خرجت من تحت حبسه.

فإن بذلت الرضاع متطوعةً بذلك كانت أحقَّ به من غيرها، وإن طلبت أكثر من أجرة المثل ووَجَدَ الأبُ من يتطوع أو رضي بأجرة المثل لم تكن الأم أولىٰ، وإن رضيت بأجرة المثل كانت أولىٰ إذا لم يجد إلا بأجرة المثل.

فإن وجد متطوعةً أو بأقل من أجرة المثل فهل تكون الأم أولىٰ أم لا ؟ علىٰ قولين، وقد ذكرنا ذلك مستقصًىٰ في كتاب النفقات.

• فَصْلٌ •

إذا بيعت العينُ المستأجرة، ففيه قولان؛ أحدهما: باطل، والثاني: صحيح، فإن علم المستأجر بذلك لم يكن له الخيار، ويكونُ للمستأجِر إمساكُها حتىٰ يستوفي، وإن لم يكن علم كان له الخيار.

وقال أبو حنيفة: يكونُ البيعُ موقوفًا علىٰ رأي المستأجر، فإن رضي صح البيع وبطلت إجارته، وإن لم يرض بطل البيع.

واحتج من نصره بأنها محبوسةٌ في يده لاستيفاء حقه، فأشبهت المرهونة، ولأن يد المستأجرة حائلة دون التسليم فهو كما لو باع شيئًا غصبه منه.

ودليلُنا أن الإجارة عقدٌ علىٰ منفعة، فهي كالنكاح، وبيانُه أن السيد إذا زوَّج أمته جاز له بيعها؛ ولأن النكاح يقع مؤبدًا، والإجارة مؤقتة، فإذا جاز بيع المنكوحة كان بيع المستأجرة أولىٰ.

فإن قيل يد المستأجر حائلة ويد الزوج غير حائلة، **فالجوابُ**: أن يد الزوج أيضًا حائلة؛ لأن للزوج أن يحبسها في الوقت الذي لا خدمة لسيدها فيه، ولأن يد المستأجر ليست حائلة؛ لأن المشتري يمكنه أن يتسلمها ثم يردها في الحال إلىٰ يد المستأجر ليستوفي حقه، ويدلُّ عليه أن الرقبة في يد المستأجر أمانة خالية عن عقد، فجاز بيعُها كالوديعة، ولأنه إذا باع ثمره جاز بيع الشجرة؛ لأن الثمرة بمنزلة المنفعة لأنهما ملكا بعقدين.

فأما الجوابُ عن قياسهم على الرهن، فهو أن المعنىٰ فيه أن العقد يتناول الرقبة، ولهذا قلتم إن الولد يدخل في الرهن، وقلنا جميعًا إنه إذا تعذر استيفاءُ الحقِّ بيعت الرقبة، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الإجارة ما تناولت الرقبة، فلهذا جاز بيعها.

وأما الجوابُ عن دليلهم الثاني، فهو أنه ليس هناك يدٌ حائلةٌ علىٰ ما بيناه،

وأما المغصوبُ فإن كان يقدر علىٰ انتزاعه صح البيع، وإن كان لا يقدر علىٰ انتزاعه لم يصح؛ لأن هناك يدًا حائلةً تمنع التسليم، وليس كذلك في مسألتنا لأن يد المستأجر لا تمنع التسليم.

هذا كله إذا باع من غير المستأجر، فأما إذا باعه من المستأجر صحَّ قولًا واحدًا؛ لأن يده لا تمنع تسليمه، وليس كذلك إذا باعه من غيره؛ لأن يده تمنع التسليم، فأما إذا باع سلعة قبل قبضها لم يصح، لا من البائع ولا من غيره؛ لأنه لم يدخل في ضمانه ولم يحصل فيه التسليم، وهذا يستوي فيه البائع والأجنبي.

فإذا ثبت أنه يصح بيعه من المستأجر، فهل تبطل الإجارة ببيعه منه أم لا؟ ذكر ابنُ القفال في «التقريب» أن مِن أصحابِنا مَن قال تبطل؛ لأن مالك الرقبة لما منع ابتداء الإجارة منع استدامتها، كما أنه لما منع ابتداء النكاح منع استدامته، والصحيحُ أنها لا تبطل؛ لأنه ملك المنافع بعقد الإجارة، ثم ملك الرقبة مسلوبة المنفعة، فلم يؤثر أحد العقدين في الآخر، كما لو اشترىٰ الثمرة ثم اشترىٰ الشجرة.

إذا ثبت هذا، فإذا قلنا تبطل، فإنه يرجع بما بقي علىٰ ما تقدم بيانه، وإن قلنا لا تبطل فالحكم في الاستيفاء كالحكم فيه مع بقاء ملكه، وهكذا إذا أجرها من وارثه، ثم مات، فورثه وارثه، فهل تبطل الإجارة ؟ علىٰ وجهين، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

إذا آجر عبده، ثم أعتقه، صح العتق؛ لأنه يملك الرقبة، فهو كما لو أعتقه قبل الإجارة، ولأنه إذا زوَّج أمته ثم أعتقها؛ صح، فكذلك هذا.

إذا ثبت هذا، فإن الإجارة بحالها تلزم العبد، وهل له الرجوع علىٰ سيده

بأجرة المثل ؟ قال في القديم: يرجع؛ لأن المنافع تلفت بسبب من جهة السيد، فهو كما لو أكرهه علىٰ العمل، وقال في الجديد: لا يرجع؛ لأنه تصرف في منافعه حين كان له التصرف، فصح ذلك، وما طرأ بعده من الحُرية لا يوجبُ الرجوع كما لو زوَّج أَمَته ووطئها الزوجُ واستقرَّ المهر، ثم أعتقها؛ لم يرجع عليه بالمهر، فكذلك هاهنا.

• فَصْلٌ •

إذا آجر الأبُ أو الوصيُّ الصبيَّ أو ماله، صح، كما يصحُّ بيع ماله، فإذا بلغ فهل ينفسخ فيما بقي من المدة أم لا ؟ فيه وجهان؛ **أحدهما**: لا ينفسخ؛ لأنه تصرف للمولىٰ عليه حين كان له التصرف، فأشبه إذا باع له شيئًا واشترىٰ له شيئًا، **والثاني**: يبطل لأنه عقد علىٰ منافع لا يجوز له التصرف فيها؛ لأن المولىٰ عليه بعد بلوغه يجوز له التصرف في منافع نفسه وماله دون غيره.

قال أصحابنا: وكذلك إذا كان رجلٌ قد وقف وقفًا علىٰ عقبه وعقب عقبه، فأجر البطنُ الأولُ الوقفَ، ثم انقرضوا فهل يلزم ذلك البطنَ الثاني؟ علىٰ وجهين:

أحدهما: يلزمُهم؛ لأن البطنَ الأولَ تصرفوا حين كان لهم التصرف، ولأن الرجلَ إذا تصرف في ماله فباع أو آجر، ثم مات، وانتقل إلىٰ ورثته، كان لازمًا لهم.

والثاني: لا يلزمهم ذلك، ويبطل العقد، لأن البطنَ الأولَ عقدوا علىٰ منافع ليست لهم، والبطن الثاني ما ملكوا عنهم حتىٰ يلزمهم تصرفهم، وإنما ملكوا عن الوقف.

ومِن أصحابِنا مَن خرَّج فيه طريقة أخرىٰ، فقال: إن آجره مدة يتيقن أن الصبي يبلغ قبل مضيها مثل أن تكون له أربع عشرة سنة، فآجره سنتين، فإن

العقد يبطل في السنة الثانية، وهل يبطل في الأولىٰ؟ علىٰ قولين بناءً علىٰ تفريق الصفقة، وإن آجره مدة لا يتيقن بلوغه فيها قبل مضيها مثل أن يكون له عشر سنين فآجره ثلاث أو أربع سنين، ثم بلغ الاحتلام، فإن العقد يكون صحيحًا في جميع المدة لازمًا له، كما نقول في السيد إذا أعتق العبد بعد ما آجره مدة، فإنه يصح، ويلزمه العقد؛ لأن عتقه يجوز في كل وقت، ولا يتعين في وقت دون وقت.

• فَصْلٌ •

إذا استأجر رجلًا ليبيع له ثوبًا بعينه، أو يشتري له ثوبًا وصفه صح ذلك، وقال أبو حنيفة: لا يصح؛ لأن بيع الثوب بعينه وشراءه علىٰ الأوصاف التي ضبطت يتعذر؛ لأنه ربما اتفق له من يشتري ذلك منه في اليوم الذي وكَّله فيه، وربما لم يتفق له ذلك، وهكذا في الشراء ربما اتفق له من يبيعه ذلك وربما لم يتفق، فوجب أن لا يجوز كما لا يجوز استئجار الفحل للضِّراب، وعبَّر عنه بأنها منفعةٌ لا يقدر علىٰ إيفائها بنفسه، فأشبه ما ذكرناه، وكذلك إذا استأجره ليحمل حجرًا لبزازين بنفسه، فإنه لا يصح.

ودليلُنا أن كلَّ عمل يجوز عقدُ الإجارة عليه إذا كان مقدَّرًا بزمان، جاز إذا كان مقدَّرًا معلومًا في نفسه، أصله: إذا استأجره للخياطة، فإنه يجوز أن يستأجره مدةً مقدَّرةً، ويجوز أن يعين له عملًا، فيستأجره ليخيط له ثوبًا بعينه، ولأنه عملٌ مباح معلوم مقدور عليه في الغالب، فجاز عقد الإجارة عليه، أصله: ما ذكرناه.

فأما الجوابُ عما ذكروه فمن وجوه:

أحدها: أنا لا نسلِّم أنه متعذِّر؛ لأن العادة أنه مقدور عليه؛ لأن من أراد شراء شيء دخل سوقه فحصله، كما إذا أراد شراء الخبز والأدم اشتراه من

سوقه، ولا يجوز لأحد أن يقول إن ذلك متعذر.

وأما عسْبُ الفحل، فقد ذكر ابن أبي هريرة فيه وجهين؛ **أحدهما**: لا يصح، **والثاني**: يصح.

والفرق بينهما: أن هناك العقد علىٰ مائه، وهو غير مقدور عليه، وهاهنا العقد علىٰ العمل، وهو مقدور عليه.

وهكذا حجرُ البزَّازين إنما لم يصح استئجارُه ليحمله بنفسه؛ لأن ذلك غير مقدور له، وفي مسألتنا بخلافه.

• فَصْلٌ •

يجوزُ استئجارُ الدفاترِ، سواءٌ كانت قرآنًا أو نحوًا أو شِعرًا، ما لم يكن فيها كفر، وقال أبو حنيفة: لا يجوز استئجارها، واحتج بأن ذلك استئجار عينٍ للنظر المجرد، وذلك لا يجوز كما إذا استأجر حائطًا مزوقًا لينظر إليه.

ودليلُنا أنها منفعة مقصودة يجوز إعارتها، فجاز إجارتها، أصله: سائر المنافع؛ ولأنه إذا جاز استئجار الأواني لمنافع الدنيا جاز استئجار الدفاتر لمنافع الدنيا والآخرة، وذلك أولىٰ.

فأما الجوابُ عما ذكره، فهو أنه إن كان علىٰ الحائط نقش يريد أن يتعلمه جاز ذلك، وكذلك إذا كان محكم العمل يريد أن يتعلمه جاز ذلك، فأما إذا لم يكن عليه نقش، ولا يريد أن يتعلم منه شيئًا؛ لم يصح، كما لو كان الدفتر أبيض فاستأجره لينظر فيه، والله أعلم.



باب تضمين الأجراء

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (الْأُجَرَاءُ كُلُّهُمْ سَوَاءٌ، وَمَا يَتْلَفُ فِي أَيْدِيهِمْ مِنْ غَيْرِ جِنَايَتِهِمْ فَفِيها وَاحِدٌ مِنْ قَوْلَيْنِ؛ أَحَدُهُمَا: الضَّمَانُ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ الْأُجْرَةَ، وَالْآخَرُ: لَا ضَمَانَ إِلَّا بِالْعُدْوَانِ)(١).

وهذا كما قال.. إذا تلف الشيءُ في يد الصانع مثل الحائك والقصَّار والصائغ والصبَّاغ والخيَّاط ونحوِهم، فإنه يُنْظَرُ، فإن كان في ملك صاحب الشيء إما في دكانه أو داره فلا ضمان على الأجير؛ لأن الشيء إذا كان في ملك صاحبه فهو في يده، ولا يجب الضمان على غيره إلا بالتعدي.

وإن لم يكن في ملك صاحبه ولكنه كان حاضرًا فهو في يده أيضًا، كما لو استأجر دابة فركبها، وصاحبها معها، فتلفت فلا ضمان؛ لأنها في يده.

وأما إذا لم يكن صاحبُ الشيء معه ولا في ملكه، بل انفرد به الصائغ، فتلف في يده من غير تعدٍّ منه مثل أن طارت شرارة فأحرقته أو سرق، فهل يلزمه الضمان؟ فيه قولان:

أحدهما: عليه الضمان، وبه قال مالك، وابن أبي ليلى، والشعبي.

والثاني: لا ضمان عليه، وهو قولُ عطاء(٢).

وقال أبو حنيفة: إن تلف بفعله مثل أن دقه دق مثله فتلف، فعليه الضمان، وهو بمنزلة تعديه، وإن تلف بغير فعله مثل أن تطير شرارة فتحرقه

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٦).

(٢) ينظر: السنن الكبرى للبيهقي (٦/ ٢٠٢ رقم ١١٦٦٥).

أو يسرق، فلا ضمان عليه.

قال الربيع: «كان الشافعيُّ يعتقد أنه لا ضمان علىٰ الصُّناع، وما يكون يبوح بذلك لفسادهم».

فإذا قلنا عليه الضمان[١]، فوجهُهُ ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: **«على اليدِ مَا أَخَذَتْ حتَّى تُؤدِّيَه»**[٢] وعن علي رضي الله عنه أنه كان يُضمن الصناع، ويقول: لا يصلح للناس إلا ذلك[٣]، ولأنه قبضه لمنفعة نفسه فأشبه العارية.

وإذا قلنا لا ضمان، فوجهُهُ أنه مقبوضٌ بعقد إجارة، فوجب أن لا يتعلق به الضمان إذا تلف بغير تعدٍّ، أصله: إذا استأجر بهيمة وتسلَّمها فتلفت، ولأن الأجير مأذونٌ له في العمل، فلا يضمن إلا بالمخالفة كالوكيل، ولأنه مقبوضٌ لمنفعة مشتركة، فأشبه مال المضاربة.

فأما الجوابُ عن الخبر، فهو أن المراد به المغصوب والمأخوذ بغير إذن صاحبه، وأما خبر علي فقد روِي عنه خلافه، وأنه قال: لا ضمان عليهم.

وأما القياسُ، فإنه منتقض بالبهيمة المستأجرة، وبه إذا كان يعمله في بيت صاحبه أو بحضرته، ثم المعنىٰ في الأصل أنه انفرد بمنفعته، فلزمه الضمان، وهاهنا اشتركا في منفعته فلم يضمن.

• فَصْلٌ •

اختار المزنِي أن لا ضمانَ عليه، فقال: «وهذا أولى به»[٤] **يعني لا ضمان،**

---

(١) وهو الصحيح عند الشارح رحمه الله.

(٢) أخرجه أحمد (٢٠٠٨٦)، وابن ماجه (٢٤٠٠)، وأبو داود (٣٥٦١) من حديث سمرة بن جندب رضي الله عنه.

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ (١١٦٦٤).

(٤) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٦).

واحتج بثلاثة أشياء، قال أصحابُنا: لا حُجة له فيها، وهي أنه قال: (قد قَطَعَ بِأَنْ لَا ضَمَانَ عَلَىٰ الْحَجَّامِ)[١]، ولا ضمان علىٰ من يكتريه الرجل ليحفظ دكانه، ولا ضمان علىٰ الراعي يرعىٰ الغنم، قال (وَلَا فَرْقَ عِنْدِي بَيْنَهُ فِي الْقِيَاسِ)[٢]

فأما الحجامُ، فإنه يُنْظر، فإن كان المحجومُ حرًّا فإنه لا ضمان؛ لأنه لا يضمن باليد، ولا يلزمه ضمان الجناية؛ لأنه قد أذن له في ذلك فلا يلزمه ضمان، كما لو أذن له في قطع يده فقطعها فتلف، فإن الضمان لا يلزمه، وأما إن كان المحجومُ مملوكًا فإنه إن كان في ملك صاحبه أو بحضرته فهو في يده ولا ضمان، وإن كان في ملك الأجير في غيبة صاحبه ففيه القولان، وهو مسألتنا.

وأما إذا استأجره لحفظ متاعه فلا ضمان عليه لأنه في ملك صاحبه فهو في يده.

وأما الراعي فإن كان في ملك صاحبها يرعاها أو موضع استأجره أو عيَّنه له من موات أو غيره أو موضع استعارة له، فلا ضمان عليه؛ لأنه في يده، وإن كان أطلق: «ارعها حيث شئت»، ففيه قولان، ولا حجة له في ذلك.

• فَصْلٌ •

فأما الأجيرُ المنفردُ الذي جرى في كلام المزنِي فهو الذي يستأجرُهُ مدةً معلومةً لخياطة أو غيرها من الأعمال، ويسمىٰ الأجير الخاص، وإنما لُقب بذلك من حيث المعنىٰ فيستحق المستأجرُ منافعَه وعملَه تلك المدة، ولا يجوز أن يعمل فيها لغيره.

وأما المشتَركُ فهو الذي يكري نفسه لعمل مقدر في نفسه، ولُقب مشتركًا

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٦).
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٦).

لأن له أن يتقبل بما شاء من الأعمال، ويعمله بنفسه، ويستأجر من يعمل له، ومعناهما واحد في باب الضمان، فكلُّ ما حصل في يد ربِّه ويجب عملُه فلا ضمان عليه إلا بالتعدي، وإن كان يجب عمله في يده دون يد ربه، ففيه قولان، إلا أن يتعدىٰ فيضمن قولًا واحدًا.

ولا فرق بين الأجير المنفرد والمشترك، إلا أن عمل المنفرد يستحق في زمان بعينه، فإذا مضىٰ انفسخ العقد، وعمل المشترك لا يتعلق بزمان بعينه.

• فَصْلٌ •

قد حكينا عن أبي حنيفة أنه قال: لا يضمنُ الأجيرُ المشتركُ إلا إذا تلف الشيء بفعله، وإن كان مأذونًا فيه مثل إن دقَّه دقَّ مثلِهِ أو عصره عصْرَ مثله، فتلف، فإن عليه الضمان، وأما الأجيرُ المنفرد فلا ضمان عليه إلا بالتعدي.

واحتج من نصره بأن العملَ مضمونٌ علىٰ الأجير المشترك بدلالة أنه لا تستقر له الأجرة في مقابلته إلا بالفراغ منه، فإذا كان مضمونًا فما يتولد منه يجب أن يكون مضمونًا، كما إذا دفعه في بئر أو جرحه، فإن سِرايته مضمونةٌ كما أن الفعل مضمون.. وأيضًا، فإنه لا يكون ذلك إلا بالتعدِّي؛ لأنه لو فعل فِعل مثله لم يتلف، وإنما يحصلُ ذلك من الاعتماد والتحامل.

ودليلُنا ما روي عن النبي ﷺ قال «**لا يحِلُّ مالُ امرئٍ مسلِمٍ إلَّا عن طِيبِ نفسٍ منهُ**»[1] ولأن ما لا يكون مضمونًا علىٰ الأجير المنفرد لم يكن مضمونًا علىٰ الأجير المشترك، كما إذا تلف بغير فعله مثل إن طارت عليه شرارة فاحترق.

فإن قيل: لا يجوزُ اعتبار المنفرد بالمشترك؛ لأن العملَ مضمونٌ علىٰ المشترك كما بيناه وغير مضمون علىٰ المنفرد؛ لأنه يستحق الأجرة وإن لم

---

(١) أخرجه الدارقطني (٢٨٨٥) عن أنس رضي الله عنه، وأخرجه الحاكم (٣١٨) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما بنحوه.

يسلم العمل.

فالجوابُ أنه لا فرق بينهما، فإن الأجير المشترك لا يستحق الأجرة إلا بتسليم العَمَل ولو بذل العَمَلَ ومكَّن من نفسه ولم يستعمِلْه المستأجِرُ استقرت الأجرة.

وكذلك الأجيرُ المنفردُ إذا لم يعمل لم يستحق الأجرة، وإذا عمل استحق الأجرة بتسليم العمل؛ لأنه يحصلُ التسليم جزءًا فجزءًا وإنما يفترقان [في أن][1] المقدر إذا مضىٰ من غير عمل بطل العقد؛ لأن المعقود عليه قد تلف، والمشترك عمله غير مقدر بزمان فلم يبطل بمضيه، وهذا الفرقُ لا يوجب الفرق في الضمان، ولأنه يبطل به إذا استأجره ليحجم غلامه أو يبيطر دابته، ففعل، فتلف الغلامُ أو الدابةُ، فلا ضمان وإن كان منفردًا.

فإن قيل: ذلك التلفُ من فِعْل الله تعالىٰ، **فالجوابُ** أنه لو كان يوجب الضمان لوجب إذا وُجِد السببُ من جهته، كما إذا جرحه فسرىٰ إلىٰ نفسه فمات، وجب الضمان؛ لأن السبب من جهته، وإن كان الموتُ من فِعْلِ الله تعالىٰ، وأيضًا فإنه عمل لغيره عملًا في ماله بإذنه، وهو من أهل الإذن، فلم يتعلق به الضمان، أصله: الحاجم والمبيطر.

فأما الجوابُ عن دليلِهم الأول، فهو أن قولَهم مضمونٌ لا يصح؛ لأن المضمونَ ما يلزمه ضمانه كالمغصوب وما أشبهه، وإن أرادوا به أنه يجب له الأجرة في مقابلته لم يصح في الأصل؛ لأن من جرح رجلًا أو دفعه في بئر لم يستحق الأجرة ثم ينتقض بالمنفرد، وكذلك إذا أرادوا به أنه يجب عليه أن يفعله.

وأما قولُهم إنه لا يحصل إلا بالتعدي فهو أنه ينتقض بمن استعان برجل في دقِّ ثوبه فتلف؛ ولأنه قد يكون ذلك لعيب كان فيه لا يعلم به صاحبه ولا صانعه.

---

(١) زيادة ضرورية.

• فَصْلٌ •

فأما أبو يوسف ومحمدٌ فإنهما قالا: إن تلف بأمر ظاهر لا يمكن دفعه مثل حريق غالب أو نهب قاهر، فلا ضمان عليه وإن تلف بما يمكن دفعه فعليه الضمان، وهذا خطأ؛ لأن من لا يضمن إذا كان التلف بأمر غالب لم يضمنه إذا كان بخلافه كالمودع.

• فَصْلٌ •

إذا تلفتِ العينُ التي استؤجر للعمل فيها، فالكلامُ في فصلين في الأجرة والضمان.

فأما الأجرةُ فإن كان استدعىٰ الأجير إلىٰ داره أو دكانه أو كان حضر والأجير بين يديه يعمل فتلف، فإن الأجرة تلزمه لأنه يصير مقبوضًا له بذلك، فلزمته الأجرة ولا يسقط بتلف المال؛ لأنه في يده فيصير مُسْلَمًا جزءًا فجزءًا، وأما إذا حمله الصانع إلىٰ ملكه ولم يحضر صاحبه، وتلف قبل التسليم، لم يستحق الأجرة؛ لأن الأجرة بمنزلة الثمن، فإذا لم يسلم العمل لم يستحق الأجرة كما إذا لم يسلم المثمن لم يستحق الثمن.

وأما الضمانُ، فإن قلنا عليه الضمان، فحُكْمه حُكْم العارية، والمأخوذُ علىٰ وجه السَّوْم، وقد ذكرناهما في موضعهما، وإن قلنا لا ضمان فإن تلف بغير تعدٍّ[1] منه ولا خيانة فلا ضمان عليه، وإن تلف بخيانة فعليه قيمتُه يوم التلف، وإن تعدَّىٰ مثل أن استعمله يوم تلف في يده فعليه ضمانه أكثر ما كانت قيمته من حين التعدي إلىٰ التلف.

---

(١) في (ص): «تعذر»، وهو تصحيف.

فرع

ذكر أبو العباس ابن القاص أنه إذا استأجره ليحجم حرًّا أو عبدًا، ويعلمه صنعة، فتلف، فلا ضمان إن كان حرًّا؛ لأن اليد لا تثبت عليه وإن كان عبدًا وهو في يد صاحبه فلا ضمان عليه أيضًا إلا بالتعدي، وإن لم يكن في يده فالمسألة علىٰ قولين، وذكر أيضًا أنه إذا استأجره لحمل شيء ونقله فلا ضمان عليه، وهذه المسألة مثل الأولىٰ إن كان في يد صاحبه فلا ضمان وإن لم يكن في يده فعلىٰ قولين، وهذا كلُّه يترتب علىٰ الأصل الذي قررناه.

♦ مَسْألةٌ ♦

♦ قال الشافعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (وَإِذَا اسْتَأْجَرَ مَنْ يَخْبِزُ لَهُ خُبْزًا فِي تَنُّورٍ أَوْ فُرْنٍ[1] فَاحْتَرَقَ)[2] الفصل إلى آخره.

وهذا كما قال.. إذا استأجره لخبزِ خبزٍ أو فرن فاحترق، فإن كان ذلك [بتفريط من جهته][3] لأن الوقت لم يصلح لاستيقاد التنور وحماه، فعليه الضمان، وإن لم يكن من جهته تفريطٌ وكان صاحبه حاضرًا فلا ضمان عليه، وإن لم يكن حاضرًا فعلىٰ القولين، والله أعلم.

♦ مَسْألةٌ ♦

♦ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ اكْتَرَى دَابَّةً فَضَرَبَهَا أَوْ كَبَحَهَا بِاللِّجَامِ، فَمَاتَتْ، فَإِنْ كَانَ فَعَلَ مِنْ ذَلِكَ مَا يَفْعَلُه الْعَامَّةُ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ فَعَلَ مَا لَا يَفْعَلُه الْعَامَّةُ ضَمِنَ)[4].

---

(١) في (ف): فرنًا، وهو تصحيف.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٦).

(٣) زيادة من (ق).

(٤) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٧).

وهذا كما قال.. هذه المسألة من باب الإجارة وليست من الأجراء[١]، إذا استأجر دابة فركبها وضربها ضربًا لم تجرِ به العادة، فماتت، فعليه الضمان، وإن كان مما جرت به العادة فلا ضمان عليه، وقال أبو حنيفة: عليه الضمان.

واحتج من نصره بأنه عقد علىٰ منفعة فتعلق الضمانُ بالضرب لاستيفاء المنفعة كالزوج إذا ضرب زوجته.

ودليلُنا أن المستأجر قد تلف بما يضمنُه عقدُ الإجارة، فوجب أن لا يجب عليه الضمان، أصلُه: إذا تلف تحته من الركوب والحمل، وبيانُ ذلك أن العقد تناول استيفاءَ المنفعة، ولا يمكن استيفاؤها من البهيمة إلا بالضرب، فصار ذلك من متضمن العقد، ولأنه لم يخرج به عن العُرف والعادة، فلم يضمن به المستأجر، كما إذا جعل عليها الإكاف والسَّرْج.

فأما الجوابُ عن دليلهم، فهو أن الزوجة يمكن زجْرُها بالكلام فأغنىٰ عن الضرب، فلذلك إذا عدل إلىٰ الضرب ضمن، ويفارق البهيمةَ فإنه لا يمكن زجْرُها بالكلام، ولا يمكنُ استيفاء المعقود عليه إلا بما حصل من الضرب.

فإن قيل: فلم جوزتم له ضرب الزوجة إذا كان يمكن أدبها بغيره. **قيل له**: إنما جوَّزنا بشرط الضمان كما جوَّزنا له إخراج الروشن والجناح بشرط الضمان.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ **قال** رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَأَمَّا الرُّوَّاضُ فَإِنَّ شَأْنَهُمْ اسْتِصْلَاحُ الدَّوَابِّ)[٢] إلى آخر الفصل.

وهذا كما قال.. يضرب[٣] الرواضُ البهيمةَ أكثر من ضرب الراكب لها؛ لأنها

(١) نبه عليه الجويني في نهاية المطلب (٨/ ١٦٣).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٧).

(٣) في (ص): «يضربون».

صعبة، فلا يمكن قهرها إلا بذلك، فإذا ضربها الرائض، فماتت، فإن كان ضربُه إياها خارجًا عن العادة، فعليه الضمان، لأنه تعدىٰ في ذلك، فإن كانت في يد صاحبها فلا ضمان عليه، وإن لم تكن في يده فعلىٰ قولين علىٰ ما تقدم.

◆مَسْألَةٌ◆

◆قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَالرَّاعِي إِذَا فَعَلَ مَا لِلرُّعَاةِ أَنْ يَفْعَلَهُ مِمَّا فِيهِ مصْلَحةٌ لَمْ يَضْمَنْ)(١).

وهذا كما قال.. إذا كان يرعاها في ملك صاحبها أو موضع عيَّنه له، فلا ضمان عليه، وإن كان بخلاف ذلك، فعلىٰ القولين.

وإذا ضربها ضربًا جرت به العادة فتلفت، فعلىٰ ما تقدم بيانه، فأما إذا ضربها ضربًا خارجًا عن العادة، فإنه يضمن قولًا واحدًا سواءٌ كان صاحبها حاضرًا أو غائبًا، وسواء كان الموضع معينًا أو غير معين.

◆مَسْألَةٌ◆

◆قَالَ الْمُزَنِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَهَذَا يَقْضِي لِأَحَدِ قَوْلَيْهِ بِطَرْحِ الضَّمَانِ كَمَا وَصَفْت)(٢).

وهذا غير صحيح؛ لأنا قد بينا أن الصحيح من القولين أن لا ضمان علىٰ الأجراء(٣)، والذي ذكره الشافعي تفريعًا علىٰ القول الصحيح.

وكذلك كلُّ موضعٍ ذكر قولين، ثم فرَّع علىٰ أحدهما كان هو الصحيح الذي اختاره.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٧).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٧).

(٣) تقدم ذلك (ص ١٨٢).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَمُعَلِّمُ الْكُتَّابِ وَالْآدَمِيِّينَ[١] مُخَالِفٌ لِرَاعِي الْبَهَائِمِ وَصُنَّاعِ الْأَعْمَالِ؛ لِأَنَّ الْآدَمِيِّينَ يُؤَدَّبُونَ بِالْكَلَامِ، وَلَيْسَ هَكَذَا تُؤَدَّبُ الْبَهَائِمُ، فَإِذَا ضَرَبَ أَحَدًا مِنَ الْآدَمِيِّينَ لِاسْتِصْلَاحِ الْمَضْرُوبِ أَوْ غَيْرِ اسْتِصْلَاحِهِ، فَتَلِفَ؛ كَانَتْ فِيهِ دِيَةٌ عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَالْكَفَّارَةُ فِي مَالِهِ)[٢].

وهذا كما قال.. إذا ضرب المعلِّمُ للتأديب فأدىٰ إلىٰ تلف المضروب، فإن الدية تجبُ علىٰ عاقلته والكفارة في ماله، ويفارق البهائمَ حيث قلنا في أحد القولين إنه لا يضمن؛ لأن البهيمة لا يمكن تأديبها بالكلام، والآدمي يمكن زجرُه وتأديبُه بالكلام، فإذا عدل إلىٰ الضرب ضمن، فأما إذا مات حتْفَ أنفه من غير ضرب فإنه إن كان حرًّا لم يضمنه؛ لأن اليد لا تثبت عليه، وإن كان عبدًا أسلم إلىٰ المُعَلِّم فهل يضمنه أم لا؟ فيه قولان كما قلنا في البهيمة، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالتَّعْزِيرُ لَيْسَ بِحَدٍّ يَجِبُ بِكُلِّ حَالٍ، وَقَدْ يَجُوزُ تَرْكُهُ، لَا يَأْثَمُ بِتَرْكِهِ)[٣].

وهذا كما قال.. إذا عزَّر الإمامُ رجلًا فأدىٰ إلىٰ تلفه، وَجَبَ عليه الضمان، وأين يجب؟ فيه قولان؛ **أحدهما**: علىٰ عاقلته، **والثاني**: في بيت المال، فإذا قلنا يجب علىٰ عاقلته فإن الكفارة في ماله، وإذا قلنا في بيت المال

---

(١) في (ص)، (ف): «والآدميون».

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٧).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٧).

ففي الكفارة قولان؛ **أحدهما**: في ماله، **والثاني**: في بيت المال، وقد ذكرنا ذلك في كتاب الحدود، فأغنىٰ عن الإعادة.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَلَوْ اكْتَرَى حَمْلَ مَكِيلَةٍ، وَمَا زَادَ فَبِحِسَابِهِ)[1].

واختلف أصحابنا في هذه المسألة، فمنهُم مَن قال أراد به إذا كان له صُبْرتان حاضرة وغائبة، فقال «تحمل معي هذه الحاضرة كلَّ قفيز بدرهم وما زاد من الغائبة علىٰ حساب ذلك»، فإنه صحيح في الحاضرة؛ لأنه قد وجد الشرط فيها وهو المشاهدة، وباطل في الزيادة لأن الشرط لم يوجد فيها، ومنهُم مَن قال: صورتها في صُبْرة واحدة مشاهدة، يتيقن المُكْتَرِي أن فيها عشرة أقفزة، ويشك في الزيادة، فقال «استأجرتُك لتحمل عشرة أقفزة من هذه الصُّبْرة كل قفيز بدرهم وما زاد فبحساب ذلك»، فيصح في العشرة لأنها متيقنة، ويبطل في الزيادة لأنها مشكوك فيها.

فَرع

إذا قال: «استأجرتُك لحمل هذه الصُّبرة لتحمل عشرة أقفزة منها كل قفيز بدرهم، وما زاد فبحساب ذلك»، فإنه يجوز إذا لم يشك في أنها زائدة علىٰ عشرة أقفزة، ويكون كأنه قال «لتحمل كلَّ قفيز من هذه الصُّبرة بدرهم» ومثل ذلك جائز في البيع وهو أن يقول «اشتريت منك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ويفارق إذا قال «استأجرتُ منك هذه الدار كل شهر بدرهم» لأن جملة المدة مجهولة المقدار، فلهذا لم يصح كذلك هاهنا، فإن جملة المجهول معلوم بالمشاهدة.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٧).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ حَمَلَ لَهُ مَكِيلَةً فَوُجِدَتْ زَائِدَةً فَلَهُ أَجْرُ مَا حَمَلَ مِنَ الزِّيَادَةِ، وَإِنْ كَانَ الْحَمَّالُ هُوَ الْكَيَّالُ فَلَا كِرَاءَ لَهُ فِي الزِّيَادَةِ، وَلِصَاحِبِهِ الْخِيَارُ فِي أَخْذِ الزِّيَادَةِ فِي مَوْضِعِهِ أَوْ يَضْمَنُه قَمْحَهُ بِبَلَدِهِ)[1].

وهذا كما قال.. إذا استأجره ليحمل له عشرة أقفزة إلىٰ الكوفة، فلما حملها وُجدت زائدةً، فإن الكلام في ثلاثة فصول؛ في الأجرة، والدابة إن هلكت، والطعام ما يصنع به.

وجملتُه أنه لا يخلو من أن يكون الكيالُ هو المُكْرِي أو المُكْتَرِي أو أجنبي، فإن كان هو المُكْتَرِي فإنه يجب عليه الأجرة المسماة في الأصل وأجرة المثل في الزيادة التي تعدىٰ بها كما لو استأجر دابة إلىٰ الكوفة فركبها إلىٰ القادسية.

وأما الدابةُ فإن تلفت نُظِرَ، فإن كان سلَّمها صاحبها إلىٰ المُكْتَرِي ولم يكن هو معها وجب علىٰ المُكْتَرِي ضمان الجناية، وكم قدر ما يضمن؟ فيه قولان: **أحدهما**: النصف من القيمة، **والثاني**: تتقسَّطُ علىٰ قدر المكيلتين، وأصلها: مسألة الجلَّاد إذا قال له الإمام: «اجلده مائة»، فجلده مائة وواحدة فمات.

وإن كان الكيالُ هو المُكْرِي فلا أجرة له في الزيادة لأنه حمل طعام غيره بغير إذنه، ولا ضمان بتلف الدابة علىٰ أحد؛ لأنها تلفت بجناية صاحبها، وعليه تسليم الطعام إلىٰ ربه، فإن قال المُكْرِي «أنا أرده إلىٰ بغداد» لم يكن له ذلك إلا أن يختار صاحبه، وإن أراد صاحبه أن يلزمه رده كان له ذلك.

فأما إن رجع صاحبُ الطعام إلىٰ بغداد وصادف الجمَّال ببغداد، فهل له

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٧).

أن يطالبه ببدل الطعام أم لا؟ نقل المزني أن له ذلك لأنه قال[١]: أَوْ يَضْمَنُه قَمْحَهُ بِبَلَدِهِ، وقال الشافِعِيُّ في «الأم»[٢] له مطالبته برده، وقد قيل له مطالبته ببدله، واختلف أصحابنا فيه:

فمنهُم مَن قال: هو بالخيار بين أن يطالبه ببدله أو يرده، كما إذا غصب منه عبدًا فأبق، فإن له مطالبته ببدله، وحمل كلام الشافعي علىٰ التخيير، فعلىٰ هذا إذا طالبه بالبدل وأخذه، ملك البدل، ولم يملك المُكْرِي الطعام، كما إذا غصب عبدًا فأبق، وأخذ ربُّه قيمته ملكها، ولم يملك الغاصبُ العبد، فإن رد الطعام انتقص ملكُه عن القيمة كما إذا عاد العبدُ وردَّه إلىٰ يد صاحبه.

ومِن أصحابِنا مَن قال: له مطالبتُه بردِّه، ولا يجوز له المطالبة بالبدل، ويفارق العبدَ؛ لأنه غير مقدور علىٰ تسليمه. قال هذا القائل: والمزنِيُّ ترك أصْلَ قول الشافعي ونقل ما حكاه عن الغير .

هذا كله إذا اتفقا على أن الطعام للمكتري، فأما إن اختلفا فالقولُ قولُ من يدُه عليه.

ولو كان الكيَّالُ هو المُكْتَرِي وحمله الحمَّال، فهل يكون الحُكْمُ كما لو كان واحدًا؟ فيه وجهان؛ أحدُهما: يجب عليه الأجرة والضمان لأنه مدلس، والثاني: لا يجب لأن صاحبها تولىٰ ذلك.

وأصلُ هذه إذا ترك سمًّا في طعام نفسه، فأكله غيرُه، فتلف، ففي وجوب الضمان عليه قولان.

وأما إذا كان الكيَّال أجنبيًّا فعليه للمكري أجرة الزيادة وضمان البهيمة إن تلفت، وعليه للمكتري رد الزيادة إلىٰ موضعها الأول إن اختار ذلك.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٧).
(٢) الأم (٣/ ١٧٧).

هذا كله إذا كانت الزيادة كبيرة، فأما إن كانت يسيرة مثل مَكُوك واثنين، فلا حكم لها؛ لأنه قد يغلط بمثل ذلك في الكيل ولا يمكن الاحتراز منه، والله أعلم.

فرع

قال أبو العباس بن سُريج: **يجوزُ استئجارُ القميص للبس، لأنه يمكنُ الانتفاع به مع بقاء أصله**، فأشبه العقار، ويلبسه علىٰ ما جرت به العادة وهو بالنهار فإذا جاء الليلُ نزعه للنوم؛ لأن العادةَ جاريةٌ بذلك، فإن أراد النوم بالنهار لم يلزمه نزعه له لأن العادة أن ينام الناس بالنهار في ثيابهم، ويلبسه لبسًا، فإن أراد أن يتزِر به لم يجز؛ لأنه يلحق القميصَ بذلك أكثرُ من ضرر اللبس؛ لأنه يجلسُ علىٰ طاقين منه، وإذا لبسه جلس علىٰ طاقٍ واحد، ولأنه إذا ائتزر به تقرر، فإن أراد أن يرتدي به فهل يجوز ذلك؟ فيه وجهان؛ **أحدهما**: لا يجوز؛ لأنه خلاف ما جرت به العادة، **والثاني**: يجوز؛ لأن ضرره أقل من ضرر اللبس، فإذا جاز له اللبس جاز له الارتداء.

• فَصْلٌ •

يجوزُ إجارةُ المشاع للشريك وغيره وكذلك رهنُه وهبتُه، وقال أبو حنيفة وصاحباه: لا يجوزُ رهن المشاع بحال.

وأما إجارتُه، فقال أبو حنيفة: يجوز من الشريك ولا يجوز من غيره، وقال أبو يوسف ومحمد: لا يجوز بحال، **وأما هبتُه**، فقالوا: إن كان مما ينقسم جاز، وإن كان مما لا ينقسم لم يجز.

وقد مضىٰ الكلامُ في رهن المشاع[1]، والكلام في هبته يأتي إن شاء الله، وأما إجارتُه، فنقول: عقدٌ في ملكه، فإذا جاز مع الشريك، جاز مع غيره،

---

(١) سبق شرح ذلك في كتاب الرهن .

كالبيع، أو نقول: كلما انفرد به جاز عقد الإجارة عليه فإذا كان له ولغيره جاز أيضًا كما إذا عقد مع شريكه، وأما الكلامُ علىٰ أبي يوسف ومحمد، فنقول: كلُّ منفعةٍ جاز عقدُ الإجارة عليها مع غيرها؛ جاز العقدُ عليها وحدها، كما لو كان داران، فإنه لما جاز عقد الإجارة عليهما جاز علىٰ أحدهما.

فرع

إذا استأجر دارًا لزم صاحبَها تسليمُ المفتاح إليه؛ لأنه لا يمكن الانتفاعُ بها إلا به، فهي كالبالان والزمام، فإن ضاع وجب عليه ضمانه كالبالان ونحوه، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

قال في «الأم»[1]: إذا اكترىٰ جملًا ليركبه جاز له أن يركب بنفسه أو يركبه من هو في معناه من الطول والسِّمَن؛ لأن المنفعة حصلت له، فجاز أن يستوفيها بنفسه وبغيره، كما إذا كان له دينٌ جاز أن يستوفيها بنفسه وبغيره، فإن أراد الجمَّال أن يسلم إليه غيره لم يجز؛ لأن المُكْتَرِي قد ملك منافع هذا الجمل، فلم يجز أن يعطيه غير ما ملك.

• فَصْلٌ •

إذا دفع إلى قصَّار ثوبًا لتقصيره، أو إلى خياط ليخيطه، أو إلى صباغ ليصبغه، فإن كان ذلك بإجارة صحيحة وجب له المسمىٰ، وإن كان ذلك بإجارة فاسدة أو بتعريض بإجارة وجب له أجرة المثل، وإن كان بلا إجارة ولا بتعريض بإجارة فالمذهبُ أنه لا يستحقُّ الأجرة سواءٌ كان ممن هو منتصبٌ للعمل بأجرة أو لم يكن، وسواء كان الاستدعاءُ منه أو من رب الثوب.

---

(١) الأم (٤/ ١٨).

وقال المزني في جامعه الكبير[١]: له الأجرةُ؛ لأنه أتلف منافعه، فأشبه الغصب، ومِن أصحابِنا مَن قال: إن كان منتصبًا لذلك، فله الأجرة، لأن العرف يشهد له.

وقال أبو إسحاق: إن كان الاستدعاءُ من الصباغ، فلا أجرة له، وإن كان من ربِّ الثوب فله الأجرة، والمذهبُ أنه لا أجرة له بحال.

والدليلُ عليه أن المنافع تجري مجرىٰ الأعيان؛ لأنها تضمن بالمسمىٰ في العقد الصحيح و بالمثل في الفاسد، ثم ثبت أن الأعيان أقوىٰ ملكًا وأثبت؛ لأنها قائمةٌ والمنافعُ كلما وجد منها جزء تلف، وقد ثبت أن الأعيان لا تُضمن بهذا، وهو أنه لو تقدم إلىٰ خباز، فقال: أطعمني من هذا الخبز فأطعمه، لم يجبْ عليه ثمنه سواء كان منتصبًا لذلك أو لم يكن، أو كان الاستدعاءُ منه أو من الخباز.

فإذا ثبت هذا في الأعيان فالمنافع أولىٰ أن لا تُضمن به، وما ذكروه يبطل بالخباز.

فإن قيل: فقد قلتم أنه إذا دفع إليه ثوبًا، ثم اختلفا، فقال الدافع بيعًا، وقال القابض هبة، كان القولُ قولَ الدافع، فهلا قلتم هاهنا مثله.

فالجوابُ: أن الفرقَ بينهما أن هناك لم يسلِّطه علىٰ إتلاف ما دفع، فلهذا كان القولُ قولَ الدافع، وهاهنا قد أتلف منافعه في حق غيره، فلهذا لم نجعل القولَ قولَه كما إذا دفع إليه طعامًا، وقال له كله، ثم طالبه بثمنه، لم يكن له ذلك.

---

(١) ينظر: مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٧).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي ثَوْبٍ، فَقَالَ رَبُّهُ أَمَرْتُك أَنْ تَقْطَعَهُ قَمِيصًا، وَقَالَ الْخَيَّاطُ: بَلْ قِبَاءً، قال الشافِعِيُّ بَعْدَ أَنْ وَصَفَ قَوْلَ ابْنِ أَبِي لَيْلَى: إنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْخَيَّاطِ؛ لِاجْتِمَاعِهِمَا عَلَى الْقَطْعِ، وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ رَبِّ الثَّوْبِ كَمَا لَوْ دَفَعَهُ إلَى رَجُلٍ، فَقَالَ رَهْنٌ، وَقَالَ الرَّجُلُ وَدِيعَةٌ)[١].

وهذا كما قال.. إذا أسلم إلىٰ خياط ثوبًا، فقطعه، ثم قال ربُّه: أمرتُك أن تقطعه قميصًا، وقال الخياط: لا بل قباء، قال في «اختلاف العراقِيَّيْنِ»[٢] - ومن ثم نقله المزني قال-: كان ابن أبي ليلىٰ يقول القولُ قولُ الخياط؛ لاجتماعهما علىٰ القطعِ، وقال أبو حنيفة: القولُ قولُ ربِّ الثوب، كما لو دفع إليه ثوبًا، فقال ربه: وديعة، وقال الآخر: بل هبة، كان القولُ قولَ الدافع، وهذا أصح القولين.

ونقل المزني هذه المسألة إلىٰ جامعه الكبير، وذكر هذين القولين، ثم قال: قال الشافعي: وكلاهما مدخول؛ لأن الخياط يدعي الأجرة وينفي الضمان، وربُّ الثوب ينفي الأجرة ويدعي الضمان، فلا أقبل قولهما وأردهما إلىٰ أصل القياس علىٰ السنة، فيحلف كلُّ واحدٍ منهما لصاحبه، وأردُّ الثوب علىٰ صاحبه، فلا أجرة للخياط ولا ضمان عليه.

وقال في «الإملاء»: إذا دفع إلىٰ صباغ ثوبًا، فصبغه أسود، ثم اختلفا، فقال ربُّه: «أمرتك بأحمر»، وقال الصباغ: «بل بأسود»؛ تحالفا، وعلىٰ

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٧).

(٢) تثنية عراقي، والمقصود بهما أبو حنيفة ومحمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلىٰ، كما شرح ذلك النووي رحمه الله في تهذيب الأسماء واللغات (٢/ ٢٨٠).

الصباغ ما نقص، وقال في الأجير والمستأجر: يتحالفان، وعليه ما نقص.

وقال المزني[١]: لا غرم عليه.

واختلف أصحابنا فيه على طرق، فقال أبو العباس وأبو إسحاق وغيرهما: فيها قولان؛ **أحدهما**: القولُ قولُ الخياط، وهو قولُ ابن أبي ليلىٰ، **[وقال آخرون]**[٢]: القولُ قولُ ربِّ الثوب، وهو قولُ أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو اختيار المزني.

ومِن أصحابِنا مَن قال: فيها ثلاثة أقوال؛ هذان، والثالث: أنهما يتحالفان.

وقال أبو حامد الإسفراييني: ظاهرُ الكلام يدلُّ علىٰ أن المسألة علىٰ قول واحد، وهو أنهما يتحالفان؛ لأن الشافعيَّ حكىٰ القولين، وقال: كلاهما مدخول، فلا أقبل قولهما وأردهما إلىٰ أصل القياس علىٰ السنة.

فمن قال القولُ قولُ الخياط احتج بثلاثة أشياء:

أحدها: ما ذكره ابن أبي ليلىٰ، وهو أنهما قد اتفقا علىٰ القطع وملكه الخياط، فكان القول قوله في صفته.

والثاني: أن العرفَ والعادة معه؛ لأن الظاهر أنه لا يخالف رب الثوب.

والثالث: أنا لو قلنا القولُ قولُ ربِّ الثوب أسقطنا عنه الأجرة، وأوجبنا له الضمان علىٰ الخياط، وذلك لا يجب له بدعواه، وإذا قلنا القولُ قول رب الثوب، فوجهُهُ أنه أحدث غيره عملًا في ملكه، فكان القولُ قولَ ربِّ الملك في الإذن كما إذا اختلفا في أصل الإذن، ولأن كل من كان القولُ قولَه في أصل الشيء كان القولُ قولَه في صفته كالطلاق إذا اختلفا في عدده كان القولُ قولَ الزوج، كما لو اختلفا في أصل الإيقاع.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٧).

(٢) ليس في (ص)، (ف).

فمن قال بهذا القول أجاب عن دليلهم الأول بأنه يبطل به إذا دفع إليه ثوبًا فقال الدافعُ وديعة، وقال القابضُ هبة، فإن القولَ قولُ رب الثوب، وإن كان قد اتفقا على القبض.

وأما قولهم إن العرف معه، فلا يصح دعوى العُرف مع تجويز الخطأ والنسيان، ولأن العُرف إنما يُستعمل في إطلاق العقود، وهاهنا لا يصح، ألا ترى أن العطَّار والدبَّاغ إذا اختلفا في العطر، ويدُهما عليه، كان بينهما، ولم نرجِّح بالعرفِ العطار.

وقولهم أنَّا إذا قبلنا قوله عليه أسقطنا أجرته، وألزمناه الضمان، فلا يمتنع ذلك، ألا ترى أنهما إذا اختلفا في أصل الإذن جعلنا القولَ قولَ ربِّ الثوب، وأسقطنا أجرته، وألزمناه الضمان.

إذا ثبت هذا، فإن قلنا القولُ قولُ الخياط، فإنه يحلفُ بالله ما أذنتُ لي في قطعه قميصًا، ولقد أذنتَ لي في قطعه قباء، فإذا حلف فلا غرم عليه.

وهل له أجرة؟ أما المسمى فلا يستحقه، وهل يستحق أجرة المثل؟ فيه وجهان؛ **أحدهما**: لا يستحق؛ لأن قوله مقبول في إسقاط ما يجب عليه، ولا يملك به أن يوجب لنفسه، **والوجه الثاني**: أنه يجب له؛ لأنه قد حقق بيمينه أنه قطعه بإذنه فكان له أجرة.

وإذا قلنا إن القولَ قولُ ربِّ الثوب فله الغُرم عليه؛ لأنه قد حقق بيمينه أنه قطع بغير أمره، وكم يغرم؟ فيه قولان؛ **أحدهما** ما بين [قيمته مقطوعًا قميصًا ومقطوعًا قباء؛ لأن قطع القميص مأذون فيه، **والثاني**: ما بين][1] قيمته ثوبًا صحيحًا ومقطوعًا قباء؛ لأنا لو جعلنا قطع القميص مأذونًا فيه لأوجبنا فيه الأجرة.

---

(١) ليس في (ص).

وقال ابن أبي هريرة: له الأجرة علىٰ قدر ما يصلح للقميص مما قطع، وهذا ليس بشيء، هذا الكلام في القولين، وتوجيههما، فأما إذا قلنا إنهما يتحالفان فوجهُهُ قولُه ﷺ: «**البينةُ على المدَّعِي واليمينُ على المُدَّعَى عليهِ**»[١] وكلٌّ واحدٍ منهما مدعٍ ومدعىٰ عليه، ولأنهما في ذلك يشبهان المتبايعين.

إذا ثبت هذا، فإن حلف أحدُهما دون الآخر حُكِم للحالف بموجب يمينه، وإن حلفا حُكِم بأنه لا عقد بينهما، فإذا حكم بذلك فلا أجرة للخياط.

وهل يجبُ عليه الضمان؟ فيه قولان؛ **أحدهما**: لا يجب؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما قد حقق بيمينه ما يدعيه، فوجب أن يبرأ كلُّ واحدٍ منهما من صاحبه، **والثاني**: عليه الضمان كالمتبايعين إذا تحالفا فإنه يجب رد المبيع إن كان باقيًا أو قيمته إن كان تالفًا.

فإذا قلنا عليه الضمان فما ذلك الضمان؟ علىٰ قولين قد ذكرناهما.

وكلُّ موضع قلنا للخياط الأجرة فعليه تسليمُ الثوب مخيطًا؛ لأن الخيوط إن كانت لربِّ الثوب فهو أحقُّ بها، وإن كانت من عند الخياط فقد صارت تابعةً لعمله، وكلُّ موضع قلنا لا أجرة له، فإنه يُنظر، فإن كانت الخيوطُ من مال رب الثوب لم يكن للخياط نقض الخياطة، وإن كانت للخياط فله نقضها، فإن أراد رب الثوب أن يدفع إليه ثمنها لم يُجبر عليه؛ لأنه لا يجبر علىٰ بيع ماله، وكذلك لو قال أنا أصل في أطرافها خيوطًا لتبقىٰ الخياطة كما هي إذا سلَّل الخياطُ خيوطه لم يلزم ذلك؛ لأنها ملك الغير فلا يجوز الانتفاع به بغير إذنه، ولأنه لا يملك أن يصل ملكه بملك غيره بغير أمره، والله أعلم بالصواب.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥١٤) عن ابن عباس رضي الله عنهما.

• فَصْلٌ •

إذا استأجر بهيمةً ليركبها مسافةً معلومةً مثل أن يكونَ اكتراها لقطع مسافة إلى ناحية الكوفة، فسار بها إلىٰ ناحية خراسان، قال أبو إسحاق: إن كانت المسافاتان سواء في السهولة والحزونة، كان له أن يقطع أيتهما شاء، ولا يتعين عليه إحداهما، ولا يضمنُها إن تلفت، وهذا كما قلنا لو اكتراها لحمل شيء كان له أن يحملها ما هو من جنسه في مقداره، ولا يتعينُ عليه ذلك الشيء، فكذلك هاهنا لا يتعين عليه إحدىٰ المسافتين.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (لَو اكْتَرَى دَابَّةً، فَحَبَسَهَا قَدْرَ الْمَسِيرِ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ حَبَسَهَا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ الْقَدْرِ ضَمِنَ)[١].

وهذا كما قال.. إذا اكترىٰ منه بهيمةً ليقطع بها مسافةً، فأمسكها قدر قطع المسافة ولم يسيِّرها فيها؛ استقرت عليه الأجرة، **وقال أبو حنيفة**: لا تستقر عليه حتىٰ يسيرها في بقاع تلك المسافة، وقد تقدمت هذه المسألة[٢]

إذا ثبت هذا، فإذا انقضتِ المدةُ في الإجارة واستوفىٰ المُكْتَرِي حقَّه أو لم يستوفه وأمسك البهيمة بعد مضي المدة فهل يصير ضامنًا لها، وهل يجبُ عليه مئونتها ومئونة الرد بعد الاستيفاء أم لا؟

اختلف أصحابُنا في ذلك، فمنهُم مَن قال يجب عليه الردُّ بعد مضي المدة ومئونة الرد، فإذا أمسكها وقد أمكنه الرد علىٰ حسب العرف والعادة ضمن.

قال: وهو الظاهر من كلام الشافعي؛ لأنه قال: وإن حبسها أكثر من ذلك

---

(١) تقدم ذلك (ص ١٦٣ - ١٦٤).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٦).

القدر ضمن، ووجهُه أن المُكْرِي إنما أذن له في إمساك البهيمة مدة الإجارة، فالإذنُ متناولٌ له ذلك القدر دون ما عداه، فما بعد المدة غير مأذون له في إمساكه، ومن أمسك شيئًا بغير إذن صاحبه وأمكنه الرد فلم يرد ضمن كما لو طرحت الريح ثوبًا إلىٰ دار إنسان، وعرف صاحبه، فلم يرده، وقد أمكنه الرد ضمنه، وكذلك لما كان ممسكًا للمغصوب بغير إذن صاحبه لزمه رده ومؤنة رده، وكان ضامنًا له.

ومِن أصحابِنا مَن قال: لا يصيرُ ضامنًا لها، ولا يجبُ عليه ردُّها، ولا مئونة ردها، وأكثر ما يلزمه أن يرفع يده عن البهيمة إذا أراد صاحبها أن يسترجعها، والدليلُ علىٰ ذلك أنها أمانةٌ في يده، فلم يجب عليه ردُّها ومئونة ردِّها كما قلنا في الوديعة، وتأول هذا القائلُ كلامَ الشافعيِّ علىٰ أن صاحبها إذا طالبه ردها فلم يرد صار ضامنًا لها.

• فَصْلٌ •

إذا استأجر دارًا ليتخِذَهَا مسجدًا يصلي فيه، جاز، وصحَّ عقدُ الإجارة، وقال أبو حنيفة: لا يصح العقد.

واحتج من نصره بأن الصلاة لا تستحق بعقد الإجارة، فلم تجز الإجارةُ لها، أصله: إذا استأجر امرأة ليزني بها.

ودليلُنا أنه فِعْلٌ جائزٌ، فجاز الاستئجار له، أصله: الخياطةُ وغيرها من الأعمال، ولأنه إذا جاز الاستئجار للخياطة وغيرها، وليست مما ندب إليه، ولا وجب فِعْلُه، فلأن يجوزَ للصلاة التي هي واجبةٌ أو مندوب إليها أولىٰ؛ ولأن أبا حنيفة زعم أنه لو استأجر دارًا ليجعلها بِيعةً أو كنيسةً أو ليبيع فيها الخمرَ صحَّ، فإذا صح ذلك مع كونه محرَّمًا، فلأن يصح لما هو قُربة أولىٰ، ولأنه إذا استأجر ثوبًا ليصلي فيه صحَّ، فكذلك استئجار الموضع، ولا فرق بينهما.

فأما الجوابُ عما قالوه، فهو أنه يبطلُ باستئجار السطح للنوم في الصيف، فإنه يصح، والنومُ لا يستحق بعقد الإجارة، ولأن فِعْلَ الصلاة إنما لم يُستحق بعقد الإجارة؛ لأنه لا فائدة فيها إلا للمصلي، فلهذا لم يصح، وليس كذلك الموضع، فإن في استئجاره للصلاة فائدة لهما فافترقا.

• فَصْلٌ •

إذا استأجر بيتًا ليتخذه ماخورًا[1]**؛ لم يصح**، وقال أبو حنيفة: يصح، وكذلك إذا استأجره ليتخذه كنيسة أو بِيعة[2]، واحتجَّ بأن العمل لا يتعينُ بشيء دون شيء، فإذا استأجره لهذا صح، ولا يجوزُ أن يعمل ذلك فيه ويعمل غيره مما هو مباح، كما إذا استأجر أرضًا ليزرعها حنطة، فإنه يجوزُ أن يزرعها حِنطة وما ضرره ضررُ الحنطة فكذلك هاهنا.

ودليلُنا أنه فِعْلُ محرم، فلم يجز عقد الإجارة عليه، كما إذا استأجر امرأة ليزني بها، والذي ذكروه يبطل بهذا، ولأنه يلزمهم أن يقولوا أنه إذا استأجر امرأة ليزني بها أنه يصح ويستعملها في غيره من الغسل والطبخ وغيرهما، وكذلك يلزمه عليه إذا استأجر البيت للصلاة، وإذا استأجره ليقتل له رجلًا بغير حق أن[3] يصح ويقتل له من يستحق قتله.

• فَصْلٌ •

إذا استأجره لينقل له خمرًا من موضع إلى موضع؛ لم يصح عقد الإجارة، وقال أبو حنيفة: يصح.. **واحتج من نصره** بأنه يجوز أن يكون استئجاره لينقلها إلىٰ الصحراء للإراقة، وكذلك إذا استأجره لينقل ميتة حتىٰ يطرحها

---

(١) الماخور بيت الريبة والفساد، ومكان اجتماع أهل الفسق.

(٢) الكنيسة للنصارىٰ، والبيعة معبد اليهود، وأصل البيعة بيت عبادة اليهود والنصارىٰ.

(٣) في (ص): «لم»، وهو غلط.

في الصحراء، فإنه يجوز، فكذلك هاهنا.

ودليلُنا أنه استئجار لفعل محرم، فلم يصح، أصله: إذا استأجر امرأة ليزني بها.

فإن قالوا: لا نسلِّم أنه محرم.

فالجوابُ: أن الدليل علىٰ تحريمه ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**لَعَنَ اللهُ**[١] **الخَمْرَ، ولَعَنَ عاصِرَها، ومعتَصِرَها، وبائعَهَا، ومبتاعَهَا، وحامِلَها، والمحمولَةَ إليْهِ**»[٢] فدل علىٰ أن نقْلَ[٣] الخمر محرمٌ.

فإن قيل: يحتمل أن يكون نقلها إلىٰ الصحراء للإراقة أو للتخليل، وإذا كان ذلك محتملًا جاز عقد الإجارة عليه.

قيل: النقلُ للتخليل لا يجوزُ عندنا، لما روي أن أبا طلحة ﵁ سأل النبيَّ ﷺ عن أطفال في حجره ورثوا خمرًا فقال: «**أهْرِقْها**»، فقال: ألا أخللها؟! قال: «**لا**»[٤].

ولا يحتمل أن يكون النقلُ للإراقة في الصحراء؛ لأنه لو أراد إراقتها لأراقها في مكانها ولم يستأجر لها من يريقها في الصحراء، ولأن من عادته شربها فإن الظاهر أنه ينقلها لما جرت عادته بها، فيجب أن نكرهه في حقه.

وقد قال أبو حنيفة إنه يكره بيع السلاح أيام الفتن، ويكره بيعه من الكفار، وإذا كان هكذا بطل هذا السؤال، ولأن المعنىٰ في نقلها للإراقة أو نقل الميتة أنه واجب أو مندوب إليه أو مباح، وهاهنا محرم، والله أعلم.

---

(١) زيادة من (ق).

(٢) أخرجه ابن ماجه (٣٣٨٠)، وأبو داود (٣٦٧٤)، والترمذي (٣٨٦٦)، عن ابن عمر ﵄.

(٣) زيادة ضرورية.

(٤) أخرجه أبو داود (٣٦٧٥) والترمذي (١٢٩٣) عن أنس ﵁.

• فَصْلٌ •

إذا استأجره لخياطة ثوب، وقال له: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غدًا فلك نصف، فإن العقدَ باطلٌ فيهما جميعًا، وقال أبو حنيفة: يصح، فإن خاطه اليوم الأول استحق الدرهم، وإن خاطه في اليوم التالي كان له أُجرة المثل ما بين الدرهم والنصف، فلا يزاد علىٰ الدرهم ولا ينقص من النصف، وهذا غير صحيح علىٰ أصلنا؛ لأن قدر الزمان والعمل مشروطان في اليوم الأول وهما لا يجتمعان، وأما في اليوم الثاني فإنه لا يصح؛ لأنه شرط تأخير العمل في عقد الإجارة.

• فَصْلٌ •

إذا استأجره لخياطة ثوبٍ، فقال له: إن خِطته روميًّا - وهو بدرزين[1] **- فلك درهمان، وإن خطته فارسيًّا - وهو بدرز واحد - فلك درهم، فإنه لا يصح فيهما جميعًا**، وقال أبو حنيفة: يصحُّ كما يصحُّ عندي إذا اشترىٰ أحد هذين العبدين علىٰ أنه بالخيار ثلاثة أيام، وهذا عندنا غلط؛ لأنه عقد علىٰ إحدىٰ المنفعتين لا بعينها، فوجب أن يكون باطلًا، كما إذا شرط له أحد عبيده الأربعة، ولأنه إذا قال: «بعتُك هذا بدرهم نقدًا» أو «بدرهمين نسيئة»، فإنه لا يجوز، وكذلك إذا قال: «أجزتُكه بدرهم نقدًا ودرهمين نسيئة»، فإنه لا يصح، والذي قاله يبطل ما ذكرناه، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

هل تجوز إجارة الدراهم والدنانير؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز؛ لأن الانتفاع بها بإتلاف عينها، والأعيانُ لا يجوز

---

(١) يقال درز الخياط الثوب، خاطه خياطةدقيقة متقاربة.

استباحتُها بعقد الإجارة، ولهذا قلنا: لا يجوز إجارة الطعام؛ لأن الانتفاع به بإتلاف عينه، ولهذا أيضًا قلنا لا يجوز إجارة الشمع لذلك، ولأنه لو جاز إجارتها لوجب علىٰ غاصبها أجرةُ مثلها إذا أمسكها مدة لها أجرة[١].

والثاني: يجوز؛ لأنها يمكنُ الانتفاعُ بها مع بقاء عينها، وهو أن ينثرها ويسترجعها، أو يتجمل بها بأن يكون صيرفيًّا[٢] فيضعها بين يديه، ليرغب الناس في معاملته ويثقوا إليه.

فإذا ثبت هذا، فإذا قلنا لا يجوز إجارتها فلا كلام، وإذا قلنا يجوز فإنه يحتاج إلىٰ تعيين المنفعة بها؛ لأنه إن استأجرها ليعير بها، فإنها تنقص وإن استأجرها لغيره لم يضرها، فلما اختلفت جهة الانتفاع احتاج إلىٰ التعيين، فإن عين صح وإن لم يعين لم يصح ولم يكن إجارة ولا قرضًا.

وقال أبو حنيفة: يكون قرضًا؛ لأن دراهم الغير ودنانيره لا ينتفع بها في العادة إلا قرضًا، فإذا أطلق الانتفاع رجع إلىٰ العُرف والعادة، وهذا غير صحيح؛ لأن كلَّ ما لو عيَّنه صحت الإجارة فإذا أطلق الانتفاع به لم يكن قرضًا، أصله: إذا اكترىٰ بهيمة وأطلق الانتفاع بها.

فأما قوله: إن الإطلاق يرجع إلىٰ العادة، **فالجوابُ** عنه أنه يرجع إليها إذا كان موافقًا لها، وأما إذا كان اللفظُ مخالفًا لها لم يرجع الإطلاق إلىٰ العادة.

• فَصْلٌ •

في إجارة الكلب للصيد والحراسة وجهان؛ أحدهما: يجوز؛ لأن الانتفاع به علىٰ هذا الوجه مقصودٌ، فكان العقد جائزًا، كالفهد، **والثاني**: لا يجوزُ؛ لأنه لا يملك رقبته ولا منفعته، ويخالف الفهد، فإنه مملوك، فجاز إجارته.

---

(١) وهو الصحيح الذي رجحه الشارح رَحِمَهُ اللَّهُ كما سيأتي (ص ٣١٢).

(٢) في النسخ: «صرفيًّا».

إذا ثبت هذا، فجملتُه أن كلَّ عين يجوز الانتفاع بها، ولها بدل، فإنه يجوز إجارتها؛ مثل البهائم والعقار والأواني والفرش والثياب وغيرها؛ لأنها أعيان لها أبدال، فمن أتلف منها شيئًا لزمه الضمان.

وكلُّ عين يجوزُ الانتفاعُ بها وليس لها بدل كالكلب، فإن في جواز إجارته وجهين.

وكلُّ عين لها بدلٌ وينتفع بها انتفاعًا غير مقصود ففي إجارتها أيضًا وجهان، وذلك مثل إجارة الشجر ليبسط عليها الثياب، ومثل إجارة الدراهم والدنانير؛ لأن التجمل بها ليس بمقصود، وأما إجارة الحبل ليبسط الثياب عليه، فإنه يجوز قولًا واحدًا، وكذلك إجارة السِّنور لاصطياد الفأر؛ لأن هذا مقصود.

• فَصْلٌ •

إذا استأجره لينقل له ميتةً على أن له جلدها، فإنه لا يصح؛ لأن جلد الميتة لا يجوزُ بيعُه، وما لا يجوزُ بيعه لا يجوز أن يكون عوضًا في الإجارة، ولأنه مجهول؛ لأنه يشاهد ظاهره ولا يشاهد باطنه، فإن رُفِع ذلك إلىٰ حاكم حَكَم ببطلانه، وإن كان رُفِع بعدما نقل كان له أجرة المثل، ورد الجلد علىٰ صاحبه، وأما إذا استأجره ليسلخ له بهيمة مذكاة علىٰ أن يكون له جلدها فلا يصح أيضًا لمعنىٰ واحدٍ، وهو أنه مجهول، وهذا كما قلنا إنه إذا استأجره ليطحن له حنطة بمكيله دقيق منها لم يجز؛ لأنه لا يدري هل الدقيق ناعم أو خشن، فهو مجهول.

• فَصْلٌ •

إذا استأجر راعيًا ليرعى له غنمًا بأعيانها جاز ذلك، ويتعينُ العقدُ في تلك الغنم، وليس له أن يسترعيه أكثر منها، وإن هلكت انفسخ العقدُ فيها، وإن

هلك بعضها لم يبدله وانفسخ العقد فيه، وإن نتجت لم يلزمه أن يرعىٰ نتاجها، وإنما قلنا ذلك لأن العقد تناول العين فاختص بها دون غيرها.

فأما إذا أطلق ذلك واستأجره ليرعىٰ له غنمًا مدة معلومة فإنه يسترعيه القدر الذي يرعاه الواحد في العادة من العدد، فإذا كان العادة أن يرعىٰ الراعي الواحد مائةً من الغنم استرعاه مائة، ومتىٰ ما هلك شيءٌ منها أو هلكتْ كان له إبدالها، وإن نتجتْ كان عليه أن يرعىٰ نتاجها معها؛ لأن العادة أن السِّخال لا تفصل عن الأمهات في الرعي، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

إذا استأجر حمَّامًا لم يصح العقد؛ إلا بعد أن يشاهد منه سبعة أشياء:

أن يشاهدَ البيوت؛ لأن الغرض يختلف باختلافها، فإن كانت واسعةً وسعت من الناس أكثر، أو كانت ضيقة لم تسع إلا قليلًا.

وأن يشاهدَ القدر؛ لأن الغرض يختلف بكبرها وصغرها.

وأن يشاهدَ بئره التي يُستقىٰ منها؛ لأنها إن كانت عميقة احتاجت إلىٰ حبل طويل وأجرة الاستقاء منها علىٰ قدر ذلك وإن لم تكن عميقة قلَّت مؤونتها.

وأن يشاهِدَ الآتون، وهو موضع الإيقاد؛ لأن الغرض يختلف باختلافه في لطافته وسعته.

وأن يشاهِدَ موضع الرماد؛ لأن الغرض يختلف باختلافه في قربه من موضع الإيقاد وبعده منه.

وأن يشاهِدَ موضع الحطب الذي يجمع فيه.

وأن يشاهِدَ جوبة الحمام، وهو الموضع الذي يحصل فيه الماء المستعمل في الحمام؛ لأن الغرض يختلف باختلاف ذلك في صغره وكبره، فلا بد من مشاهدة هذه الأمور.

ولا يجوزُ أن يشترط علىٰ المُكْتَرِي الإنفاق علىٰ الحمَّام في إصلاح ما يتشعث منه؛ لأن ذلك يجبُ علىٰ صاحب الحمَّام، فإذا شرطه علىٰ المُكْتَرِي كان العقدُ باطلًا لأنه ما يلزمه دونه ولأنه شرطه عليه نفقة مجهولة إذا كان لا يدري كم القدرُ الذي يحتاج إليه لإصلاح شعثه، فإن فعل المُكْتَرِي ذلك، وأنفق، ثم اختلفا كان القولُ قولَ المُكْتَرِي؛ لأنه أمين المُكْرِي فقبل قوله علىٰ ما ائتمنه، ولا يجوزُ أن يشترط علىٰ المُكْتَرِي سلفًا قائمًا وهو عادة الناس ببغداد؛ لأنهم يشرطون علىٰ المُكْتَرِي سلفًا يأخذونه منه، ويكونُ في يد المُكْرِي بحاله علىٰ وجه الرهن ورده علىٰ المُكْتَرِي إذا انقضت مدة إجارته، فإن شرط ذلك في العقد كان باطلًا.

• فَصْلٌ •

إذا استأجر دارًا فانهدم فيها حائطٌ ووقع فيها سقفٌ، وامتنع المُكْرِي من بنائِهِ لم يُجبر عليه، ويثبت للمكتري الخيارُ في فسخ الإجارة وإمضائها، وإنما لم يُجبر صاحب الدار علىٰ ذلك لأن العقد تناول العينَ فلم يكن للمكتري مطالبته ببدل ما تلف منها.

• فَصْلٌ •

إذا استأجر دارًا وانسدَّتِ البالوعةُ، أو امتلأ الخلاء، فعلى المُكْتَرِي إصلاحُ

ذلك؛ لأنه حصل بسببٍ من جهته، فكان عليه إزالته، فأما إذا اكتراها والبالوعة منسدَّة والخلاء ممتلئ، فإن علىٰ المُكْرِي تنقية ذلك دون المُكْتَرِي؛ لأنه لم يحصل بسبب من جهته.

• فَصْلٌ •

إذا استأجر رجلان جملًا للعُقبة[1]، **فإنه يجوزُ سواء كان في الذِّمَّة أو كان معينًا**، وقال المزني: إن كان معينًا لم يجز، لأنه إذا سلم إلىٰ أحدهما تأخر التسليم إلىٰ الآخر، فيكون ذلك عقدًا قد شرط فيه تأخير التسليم، وقد تناول عينًا، فلم يجز، وذكر أبو العباس بن القاص هذه المسألة، واختار فيها قول المزني، والمذهبُ ما ذكرناه، والذي قاله المزني من تأخير التسليم ليس بصحيح؛ لأن الجمل يسلمه إليهما معًا، ثم يتناوبان بعد التسليم علىٰ ما يتفقان عليه، وإن استأجر رجل جملًا ليركبه عُقبة، فيركب مرة، وينزل أخرىٰ جاز، ويحمل إطلاقه علىٰ ما جرت به العادة من الركوب والنزول في العقب.

• فَصْلٌ •

إذا استأجر كحَّالًا ليداوي عينه جاز، ويكون الدواءُ على المستأجر، وإن شرطه علىٰ الطبيب، ففيه وجهان:

أحدهما: لا يجوز؛ لأن الأعيان لا تستباح ولا تملك بالإجارة إلا عند الضرورة مثل الإجارة للرضاع؛ لأن الحاجة تدعو إلىٰ أن يدخل اللبن في العقد؛ لأنه لا غناء بالصغار عنه، ولا ضرورة في مسألتنا تدعو إلىٰ ذلك.

---

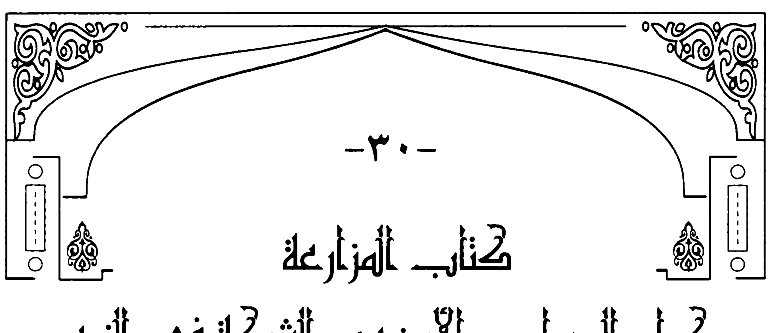
(١) أي ليتعاقبا عليه، هذا مرة، وهذا مرة.

والوجه الثاني: أنه يجوز؛ لأن العادة جرت بذلك، ولأنه يشق علىٰ العليل تحصيل الدواء، فجوز ذلك لأجل المشقة.

وهكذا الحُكْم في الصَّباغ في الصبغ، وفي الورَّاق في الحبر؛ علىٰ ما ذكرنا من الشرط والإطلاق، والله أعلم بالصواب.

يتلوه كتاب المزارعة وكراء الأرضين





-٣٠-

كتاب المزارعة وكراء الدواب والأرضين والشركة في الزرع

◆ قال الشافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ، سَمِعْتُ عَمْرَو بْنَ دِينَارٍ يَقُولُ: سَمِعْتُ ابْنَ عُمَرَ يَقُولُ «كُنَّا نُخَابِرُ، وَلَا نَرَى بِذَلِكَ بَأْسًا؛ حَتَّى أَخْبَرَنَا رَافِعُ ابْنُ خَدِيجٍ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهَى عَنْها، فَتَرَكْنَاهَا لِقَوْلِ رَافِعٍ)[1] قال الشافِعِيُّ: (وَالْمُخَابَرَةُ اسْتِكْرَاءُ الْأَرْضِ بِبَعْضِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا)[2].

وهذا كما قال.. المخابرةُ هي المزارعة؛ لأن الأَكَّارَ الذي هو الزرَّاع يُسمىٰ الخبير، **والمزارعةُ على ضربين:**

أحدهما: أن يعيِّنَ ربُّ الأرض للعامل من الأرض موضعًا فيقول له: «ما أنبت هذا الموضع مِن زرع فهو لك»، فإن ذلك لا يصحُّ قولًا واحدًا لعِظم الخطر فيه، إذ هو محتملٌ أن لا ينبت شيئًا، وربما أنبت ثم تلف جميعُه قبل إدراكه.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٧ - ٢٢٨).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٨).

وأما الضربُ الآخر، فهو أن يقول له «ازرع هذه الأرض ببقرك وآلتك، فما أنبتت من زرع فلك نصفه» أو «ثلثه»، أو غير ذلك مما يتقدر بينهما، فلا يصح ذلك عندنا، وسواء شرطا أن يكون البذر من صاحب الأرض أو من العامل أو منهما.

وبمذهبنا قال مالك، وأبو حنيفة، وروي ذلك عن [عبد الله][(١)] بن عباس، و[عبد الله][(٢)] بن عمر وأبي هريرة.

وقال ابنُ أبي ليلىٰ، والثوري، وأبو يوسف، ومحمد: يجوز ذلك[(٣)].

وروي مثلُ قولهم عن علي بن أبي طالب، وسعد بن أبي وقاص، وعبد الله بن مسعود، وعمار بن ياسر.

وقال أحمدُ بن حنبل: إن كان البذْرُ من صاحب الأرض صح، وإن كان من العامل، لم يصح.

واحتج من نصرهم بما روي أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر علىٰ النصف مما أخرجت الأرض من نخل وزرع[(٤)].

قالوا: وروي عن زيد بن ثابت ﵁ قال: رحم الله رافعَ بنَ خَديج، أنا والله أعلم بالحديث منه، إنما أتىٰ النبيَّ ﷺ رجلان قد اقتتلا في المزارعة، فنهىٰ رسول الله ﷺ عنها[(٥)].

قالوا: ولأنها عينٌ تُنمىٰ بالعمل عليها، فجاز ذلك ببعض ما يخرج منها كالمساقاة علىٰ النخل.

---

(١) ليس في (ق).

(٢) ليس في (ق).

(٣) في النسخ: «نحو ذلك» وهو تحريف.

(٤) أخرجه البخاري (٢٣٢٩).

(٥) أخرجه أبو داود (٣٣٩٠) وابن ماجه (٢٤٦١).

قالوا: ولأنها مزارعةٌ، فوجب أن يصح كما لو كانت الأرض بين النخيل.

ودليلُنا حديثُ ابن عمر الذي ذكره الشافعيُّ في أول الباب، وروي عن ابن عُمر أيضًا أن النبي ﷺ نهىٰ عن المزارعة(١).

وروىٰ سليمانُ بن يسار، عن رافع بن خَدِيج قال: كنا نخابر علىٰ عهد رسول الله ﷺ فذكر أن بعض عمومته أتاه، فقال: نهىٰ رسولُ الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعًا وطواعية الله ورسوله أنفع لنا. قلنا: وما ذاك؟ قال: قال رسول الله ﷺ: «**مَنْ كانَتْ له أرضٌ فَلْيزْرَعْها أو ليُزْرِعْها أخاه، ولا يُكَارِها بثلثٍ ولا بربعٍ ولا بطعامٍ مُسمًّى**»(٢).

ومن القياس: أنها عينٌ تصح إجارتُها منفردة، فلم يجز العملُ عليها ببعض ما يخرج منها، أصله: المواشي وغيرها من الأعيان، ولا يلزم علىٰ هذا المساقاة؛ لأن النخيل لا يصح إجارتها، ولا يلزم عليه إذا كان بين النخيل بياض فزارع عليه؛ لأنه لا يمكن إجارتُه علىٰ الانفراد، ولأن القياس يقتضي فساد العقد علىٰ المساقاة والمزارعة لكون العوض مجهولًا إلا أن المساقاة جُوزت لموضع الضرورة وأن استئجار النخيل لا يجوز، وأما المزارعةُ فلا تدعو إليها ضرورة؛ لأن استئجار الأرضِ يصح فلم يجز لذلك.

فأما الجوابُ عن احتجاجِهِم بأن النبيَّ ﷺ عامل أهلَ خيبرَ على النصف مما أخرجت الأرضُ من النخيل والزرع، فهو أن ذلك جُوِّز لموضع الضرورة؛ لأنه لا يمكن إفراد النخل عن الزرع بالسقي، وليس كذلك في مسألتنا، فإنه لا ضرورة تدعو إليه.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٨٦)، و مسلم (١٥٤٧).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٣٥٩)، وأخرجه أحمد (٢٥٩٨)، والنسائي (٤٥٧٩)، وابن ماجه (٢٤٦٠).

وأما الجوابُ عن خبر زيد بن ثابت، فهو أن احتجاجنا بعموم اللفظ دون السبب، وإذا كان كذلك لم يصح ما تعلقوا به.

وأما الجوابُ عن قولهم أنها عينٌ تنمى بالعمل عليها، فجاز ذلك ببعض ما يخرج منها، فهو أنه يبطل بالحيوان وغيره من الأعيان.

ثم المعنىٰ في الأصل أن إجارتها لا تصح فجازت المساقاة عليها، وليس كذلك في مسألتنا، فإن إجارة الأرض تصح فلم يجز مزارعتها، وبان الفرقُ بينهما.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على البياض يكونُ بين النخيل، فهو أن هناك حاجة تدعو إليه فجُوز علىٰ سبيل التبع للنخل؛ لأنه لا يمكنُ إفرادُ أحدهما بالسقي، وفي مسألتنا بخلافه، والذي يوضح هذا أن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع لا يصح، ولو بيعت أصولُ النخل والثمرة معها جاز؛ لأنه يكون علىٰ سبيل التبع للأصول، فكذلك في مسألتنا.

إذا ثبت ما ذكرناه، فإن عقدا عقد المزارعة وزرع العامل، فإن الزرع يكون لصاحب البذر، فإن كان صاحبه هو رب الأرض فعليه للعامل أجرة مثله، وإن كان البذر للعامل فعليه لرب الأرض أجرة مثل أرضه.

• فَصْلٌ •

يمكنُ أن يعقدَ المزارعة على وجه يصح، وهو أن يقرض ربُّ الأرض للعامل نصفَ بذْره ويعيره الأرض ليزرعه فيها، ثم يشتركان ويعملان جميعًا في الزرع، فإن لم يقرضه ولم يعره الأرض قال له «اكتريتُ منك نصف عملك ونصف عمل بهائمك بنصف منفعة أرضي ونصف هذا البذر»، وإن كان البذر من العامل قال له صاحب الأرض «أكريتُك نصف منفعة أرضي بنصف منفعتك ونصف عمل بهائمك ونصف بذرك هذا».

فإن أراد التفاضل في الزرع وأن يكون للعامل الثلثُ ولربِّ الأرض الثلثان، فإن كان البذر لرب الأرض قال للعامل «اكتريتُ منك ثلثي عملك وثلثي عمل بهائمك، وآلتك بثلث منفعة أرضي كذا وكذا شهرًا» وإن كان البذر للعامل قال له ربُّ الأرض «أكريتُك ثلث منفعة أرضي بثلثي منفعتك وثلثي عمل بهائمك وآلتك وثلثي بذرك كذا وكذا شهرًا».

فإن أراد أن يكون الثلثان للعامل [والثلث لرب الأرض فإنه][1] يقولُ للعامل «اكتريتُ منك ثلثَ عملك، وثلث عمل بهائمك وآلتك بثلثي منفعة أرضي كذا وكذا شهرا».

وإن كان البذر من العامل قال له رب الأرض «أكريتُك ثلثي منفعة أرضي كذا وكذا شهرًا بثلث عملك وثلث عمل بهائمك وثلث بذرك» فإن كان البذر من رب الأرض فقال للعامل «استأجرتُك لتعمل في أرضي مدة كذا بنصف هذا البذر ونصف منفعة الأرض»، ففي ذلك قولان؛ لأنه جمع بين الإجارة والبيع في عقد واحد؛ أحدهما: يصح، والثاني: لا يصح، وقد شرحنا ذلك فيما تقدم.

♦ مَسْألَةٌ ♦

♦ (وَيَجُوزُ كِرَاءُ الْأَرْضِ بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ وَالْعَرَضِ، وَبمَا نَبَتَ مِنْ الْأَرْضِ أَوْ عَلَى صِفَةٍ تُسَمِّيهِ[2] كَمَا يَجُوزُ كِرَاءُ الْمَنَازِلِ، وَإِجَارَةُ الْعَبِيدِ)[3].

وهذا كما قال.. كراءُ الأرض في الجملة جائز، وبذلك قال الكافة إلا ما

---

(١) ليس في (ق).

(٢) في النسخ: «نسيئة»، وهو تصحيف، وينظر: الحاوي الكبير (٧/ ٤٥٣) وبحر المذهب (٧/ ٢٥٧).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٨).

روي عن عطاء وطاوس والحسن البصري أنهم قالوا: لا يجوز.

واحتج من نصرهم بما روي عن ابن عباس رَضِوَاللَّهُعَنهُمَا قال: والله لنكرينها كما تكرىٰ الإبل[١]، ولا مخالف له من الصحابة، ولأن الناس من عهد رسول الله ﷺ وإلىٰ وقتنا يكرون الأرض، ولم ينقل أن أحدًا أنكر ذلك، فدل علىٰ أنه إجماع، إذ لو كان منكر لذلك لنقل.

فأما الجوابُ عن الخبر، فهو أنه محمول علىٰ أنهم كانوا يكرونها علىٰ وجهٍ لا يصح؛ لجواز أن يكون العرض ثلث ما أنبتت أو ربعه أو نحو ذلك، فالنهي منصرفٌ إليه، بدليل ما ذكرناه، إذا ثبت أن كراها جائز؛ فسواء أكراها بالذهب والورق والطعام والثياب وسائر العروض.

وقال مالك: لا يجوزُ كراها بجنس ما ينبت.

واحتج من نصره بما روي عن النبي ﷺ قال: **«مَن كانت له أرْضٌ فليزْرَعْها أو لِيُزرِعْهَا أخاه، ولا يُكارِها بالثُّلثِ ولا بالرُّبع ولا بطعامٍ مُسمًّى»**[٢].

قالوا: ولأنه إذا أكراها بجنس ما ينبت كان ذلك محاقلة، وقد ورد في الشرع النهي عن المحاقلة.

ودليلُنا أن كل ما جاز أن يكون ثمنًا جاز أن يكون أجرة، أصله الدراهم والدنانير.

فأما الجوابُ عن الخبر، فهو أن المراد بقوله «ولا بطعام مسمىٰ» الطعام المعين، وهو أن يقول له «أكريتُكها بما ينبتُ علىٰ الجداول» أو «بما تنبتُ هذه القطعة»، ويعينها، وذلك لا يجوز.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢١٦٤٧) عن سالم من قوله.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٣٥٩)، وأخرجه أحمد (٢٥٩٨)، والنسائي (٤٥٧٩)، وابن ماجه (٢٤٦٠)، بنحوه.

وقولُهم إن اكتراها بالطعام هو المحاقلة، غير صحيح؛ لأن المحاقلة بيع السنبل بالحنطة.

فإن قالوا: ذلك يؤدي إلىٰ أن يكون اكتراها بالثلث أو الربع مما أنبتت.

قلنا: هذا غير صحيح؛ لأن الطعام الذي يكاريها يثبت في ذمة المكتري غير معين، فهو بمنزلة الثمن، وإذا كان هكذا بطل ما قالوه.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَا يَجُوزُ الْكِرَاءُ إِلَّا عَلَى سنةٍ مَعْرُوفَةٍ)[١].

وهذا كما قال.. من شرْطِ صحة كراء الأرض أن تكون المدة معلومةً، وتصير المدة معلومة بأحد أمرين: إما أن يكتري سنة هلالية أو عددية، فالهلالية: اثنىٰ عشر شهرًا ما بين الهلالين تامًّا كان العدد أو[٢] ناقصًا، والعددية: أن يقول «أكتري منك سنةً؛ ثلاثمائة وستين يومًا»، والعددية أخص من الهلالية، فإن أطلق السنة انصرف إلىٰ سنة هلالية؛ لأنها المعهودة.

فإن أكراه سنة رومية أو فارسية؛ لم يصح؛ لأنها تزيد علىٰ السنة الشرعية، والزيادة مجهولة، اللهم إلا أن يعلم المتعاقدان مقدار الزيادة علىٰ السنة الشرعية فيصح حينئذٍ.

وإن أكراه إلىٰ عيد من أعياد المسلمين كعيد الأضحىٰ والفطر صح، وإن أكراه إلىٰ عيد من أعياد المشركين مما يشترك فيه المسلمون والكفار في معرفته كالنَّيروز والمِهرجان[٣] جاز، وإن كان مما ينفرد المشركون بمعرفته

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٨).

(٢) في (ث)، (ق): «تامًّا أو»

(٣) النيروز والمهرجان يطلقان علىٰ الوقتين الذين تنتهي الشمس فيهما إلىٰ أوائل برجي الحمل والميزان وقد يتفق ذلك ليلًا ثم ينحبس مسير الشمس كل سنة بمقدار ربع يوم وليلة.

كالفَطِير[١] وغيره لم يجز، والله أعلم.

♦مَسْأَلَةٌ♦

♦ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا تَكَارَى الرَّجُلانِ الْأَرْضَ ذَاتَ الْمَاءِ مِنَ الْعَيْنِ أَوْ النَّهْرِ أَوْ نيلٍ أَوْ عَثَرِيًّا أَوْ غَيْلًا أَوْ الْآبَارِ عَلَى أَنْ يَزْرَعَهَا غَلَّةَ شِتَاءٍ وَصَيْفًا، فَزَرَعَهَا إِحْدَى الْغَلَّتَيْنِ وَالْمَاءُ قَائِمٌ، ثُمَّ نَضَبَ الْمَاءُ فَذَهَبَ قَبْلَ الْغَلَّةِ الثَّانِيَةِ، فَأَرَادَ رَدَّ الْأَرْضِ لِذَهَابِ الْمَاءِ، فَذَلِكَ لَهُ، وَيَكُونُ عَلَيْهِ مِنْ الْكِرَاءِ بِحِصَّةِ مَا زَرَعَ إِنْ كَانَ الثُّلُثَ أَوْ أَقَلَّ أو أَكْثَرَ، وَسَقَطَتْ عَنْهُ حِصَّةُ مَا بقِيَ؛ لِأَنَّهُ لَا صَلَاحَ لِلزَّرْعِ إِلَّا بِهِ)[٢].

وهذا كما قال.. إذا انقطع الماءُ عن الأرض في أثناء المدة فإن قال ربُّ الأرض للمكتري: «أنا أسوقُ لك الماءَ من موضع آخر»، لزم المكتري قبول ذلك، ولا يثبت له الخيار؛ لأنه يقدر على استيفاء حقه، وأما إذا لم يقُلْ ربُّ الأرض ذلك فإنه لا يُجبر عليه، ويثبتُ للمكتري الخيار في فسخ الإجارة، وهذا الذي نص عليه الشافعي هاهنا، وقال في الدار المستأجرة: إذا انهدمت في أثناء المدة انفسخت الإجارة.

وخرَّج بعضُ أصحابنا وجهًا آخر، وأنها لا تنفسخ، وذاك الوجه هو ما نص عليه في مسألة الأرض التي ينقطع الماء عنها، والظاهرُ أنه [يجب أن][٣] يكون في كلِّ واحدة من المسألتين قولان؛ أحدهما: أن الإجارة تنفسخ، والثاني: أنها لا تنفسخ ويثبت للمستأجر الخيار.

---

(١) عيد من أعياد اليهود.
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٨).
(٣) ليس في (ق).

فإذا قلنا تنفسخ فوجهُهُ أن المنفعة المقصودة قد تلفت بانهدام[١] الدار وبانقطاع الماء، فوجب أن ينفسخ العقدُ كما قلنا فيه إذا استأجر عبدًا للخدمة فمات في أثناء المدة.

وإذا قلنا لا تنفسخ الإجارة، فوجهُهُ أنه قد بقي من منافع الدار والأرض ما يمكن المستأجر أن يستوفي حقه منه، وهو أن يضرب خيمة في عَرْصة الدار ويجلس فيها، وأن يعدد مواشيه في الأرض للرعي، فإذا كان كذلك وجب أن لا ينفسخ العقد، ويثبت له الخيار.

فإن قلنا: إن العقد قد انفسخ فهل ينفسخ فيما مضىٰ أم لا؟ فيه طريقان؛ **أحدهما**: في المسألة قولان كما قلنا في تفريق الصفقة، **والثاني**: لا ينفسخ قولًا واحدًا؛ لأن هاهنا قد طرأ بعد صحة العقد وثبوته[٢]؛ فلم يضره.

وإن قلنا إن العقد لا ينفسخ، فإن للمكتري الخيار في إمضائه وفسخه، فإن أمضاه فلا كلام، وإن فسخه فما الذي يلزمه للماضي.

فكُلُّ موضع حكمنا بفسخ العقد من أصله في الماضي والباقي؛ يلزمه لما مضىٰ أجرة المثل، ويسترجع ما أعطىٰ ربَّ الأرض[٣]، وكلُّ موضع قلنا ينفسخ العقد في الباقي دون الماضي فإن الأجرة المسماة تتقسَّط علىٰ ذلك، فيسقط منها بقدر ما بقي، ويلزم منها بقدر ما مضىٰ حسب اتفاق المنفعتين واختلافهما.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال: (وَلَوْ تَكَارَى سَنَةً فَزَرَعَهَا وَانْقَضَتْ السَّنَةُ وَالزَّرْعُ فِيهَا لَمْ يَبْلُغْ أَنْ يُحْصَدَ، فَإِنْ كَانَتْ السَّنَةُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَزْرَعَ فِيهَا زَرْعًا يُمكِنُ أن يُحْصَدُ

(١) في (ف): «باستهدام».
(٢) في (ق): «بعد الصحة وثبوت العقد».
(٣) في (ق): «المال».

قَبْلَهَا، فَالْكِرَاءُ جَائِزٌ، وَلَيْسَ لِرَبِّ الزَّرْعِ أَنْ يُثْبِتَ زَرْعَهُ، وَعَلَيْهِ أَنْ يَنْقُلَهُ عَنْ ربِّ الْأَرْضِ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ رَبُّ الْأَرْضِ تَرْكَهُ)(١).

وهذا كما قال.. إذا اكترىٰ أرضًا للزرع مدةً معلومة؛ صح العقد، سواء أطلق فقال «للزراعة» أو عيَّن الزرع فقال: «لزراعة كذا وكذا»؛ لأنه قد ذكر ما به يستوفي المنفعة في المدة فإن عيَّن فذاك، وإن أطلق فقد اكتراها لأضرِّ زرع يزرع، فأي زرع زرع لم يستوفِ به أكثر من حقه، وإن زرع ما هو أقل ضررًا فقد ترك بعض حقه.

إذا ثبت هذا، وأن الإجارة جائزة فقد ذكر الشافعي مسألتين؛ إحداهما: إذا اكترىٰ الأرضَ لزرع مطلق، والثانية: إذا اكتراها لزرع معين، وفي كل واحدة منهما ثلاث مسائل:

فالمسألة الأولى منها: إذا اكتراها لزرع مطلق؛ هي إذا أراد أن يزرع الأرض مع ابتداء المدة زرعًا لا يُستحصد مع انقضائها، فللمكري منعُه منه؛ لأن له أن ينتفع طول المدة، ويحول عنها الزرع عند انقضائها، فليس له أن يزرعها ما لا يستحصد عند انقضائها، فإن بادر وزرع قبل عِلْم رَبِّ الأرض بذلك لم يُجبر علىٰ القلع قبل انقضاء المدة؛ لأن منفعة الأرض ملكها طول المدة، فلا يجبر علىٰ القلع حتىٰ تنقضي، فإذا انقضت كان عليه نقلُ الزرع وتفريغ الأرض منه؛ لأنه مفرِّطٌ فيما زرع، وكان عليه النقلُ كالغاصب؛ إذ المدةُ مضروبةٌ لتحديد الانتفاع، فليس له الزيادة، فإن نَقَلَ فلا كلام، وإن اتفقا علىٰ التبقية بأجرة أو غير أجرة جاز، وهذه مسألة الكتاب.

والمسألة الثانية: أن يزرعها ما يُحصد في المدة، ولكنه توانىٰ، فلم يزرعها في ابتداء المدة حتىٰ مضىٰ شهر أو شهران، ثم زرع، وانقضت المدة، والزرعُ

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٨).

غير مستحصد، فالحُكْم فيها كالحُكْم التي قبلها، حرفًا بحرف، غير أن التفريط هاهنا بالتواني في الزراعة في أول المدة، وفي التي قبلها التفريطُ في جنس الزرع.

فإن قيل: هلا قلتم: ليس له المطالبة بقلع الزرع عند انقضاء المدة كما لو استأجرها للغراس والبناء فغرس وبنىٰ، ثم انقضت المدة لم يلزمه النقل.

قلنا: الفرقُ بينهما أن في العادة لا يبني ليقلع ولا يغرس لينقل، بل يفعل ذلك للتبقية، فكانت المدة محدودةً لابتداء الغراس، فإذا انقضت لا يبتدئ فيغرس، فلهذا لم يكن عليه النقل، وليس كذلك في الزرع؛ لأن العادة زراعة الزرع للنقل والتحويل دون التبقية وتحديد المدة كذلك، فلهذا لزمه النقل عند انقضائها.

والمسألة الثالثة: **أن يزرع مع أول المدة ما يحصلُ مع انقضائها**، لكن تأخر إدراك الزرع لشدة البرد، فهل يجبر علىٰ القلع عند انقضاء المدة أم لا؟ علىٰ وجهين؛ **أحدهما**: لا يُجبر؛ لأنه لم يفرط فيما فعل، فأشبه إذا أعاره أرضًا فزرعها، فليس له مطالبته بنقل الزرع قبل وقت الحصاد، **والثاني**: عليه النقل؛ لأن المدة مضروبة لتقدير الانتفاع، فليس له الزيادة عليها.

وقولهم أنه ما فرط، فالجوابُ عنه: أنه ما فرَّط في الزرع؛ لكنه فرَّط في أن لم يستظهر لنفسه حال العقد فيكتريها أكثر من تلك المدة حذرًا مما وقع فيه، فإن قلنا عليه النقلُ فالحُكْمُ علىٰ ما مضىٰ في التي قبلها وإن قلنا له التبقية فعليه المسمىٰ إلىٰ انقضاء المدة وأجرة المثل للزيادة.

وأما المسألةُ الثانيةُ من مسائل الكتاب، وهي إذا استأجرها لزرع بعينه لا يُستحصد في المدة المقدرة وانقضت المدة، فهل عليه نقل الزرع أم لا؟ فيه ثلاث مسائل:

إما أن يشرط القطع عند انقضاء المدة أو التبقية أو يطلق، فإن شرط القطع فالإجارة صحيحة لجواز أن يكون غرضه أخذ الزرع قصيلًا[١]، فإذا انقضت المدة فعليه القطع، وإن اتفقا علىٰ التبقية بأجرة أو بغير أجرة جاز.

وأما إذا شرط التبقية بعد انقضاء المدة إلىٰ حين الحصاد، فالعقد باطل؛ لأنه جمع بين أمرين متضادين؛ أحدهما: قدر المدة وهو يفيد النقل، والثاني: الشرط وهو يفيد التبقية.

قال الشافعي[٢]: إن وفيت للمكري أضررت بالمكتري، وأبطلت شرطه، وإن وفيت للمكتري أضررت بالمكري وأبطلت حكم المدة، فلهذا بطل العقد، إلا أن الزرع يبقىٰ إلىٰ حين حصاده، ويسقط المسمىٰ لفساد العقد، وتجب أجرة المثل؛ لأنه لما لم يسلم له المسمىٰ وجب له أجرة المثل.

وأما إذا أطلق العقدَ فلم يشرط النقل ولا التبقية، فزرع وانقضت المدة، ولم يستحصد الزرع، فهل عليه نقله أم لا؟ قال أبو إسحاق: عليه النقل؛ لأنه فرط في ذِكْرِ المدة، فإنها تفيد النقل، فإذا انتهت لزمه النقل كما لو كان العقد لزرع مطلق فزرع وانقضت المدة ولم يستحصد لزمه نقله، ومِن أصحابِنا مَن قال له تبقيته إلىٰ حين حصاده؛ لأن رب الأرض إذا علم أن هذا الزرع لا يستحصد عند انتهاء المدة، فقد دخل علىٰ عين بصيرة أن لربِّ الزرع تبقيته، ويفارق هذا إذا كان الزرع[٣] مطلقًا، فإن التفريط كان من جهة المكتري، وفي مسألتنا هو غير مُفرِّط، وإنما التفريطُ من جهة المكري؛ لأنه أكراه مع العلم بذلك.

---

(١) قال في المصباح المنير (ص ٥٠٦): قصلته قصلًا من باب ضرب، قطعته فهو قصيل ومقصول، ومنه القصيل، وهو الشعير يجز أخضر لعلف الدواب، قال الفارابي: سمي قصيلًا لأنه يقصل وهو رطب، وقال ابن فارس: لسرعة انفصاله وهو رطب.

(٢) الأم (٤/ ٢١).

(٣) في (ص)، (ف): «الربح»، وهو غلط.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِن تَكَارَى الْأَرْضَ الَّتِي لَا مَاءَ لَهَا إِنَّمَا تُسْقَى بِنَطْفِ سَمَاءٍ أَوْ سَيْلٍ إنْ جَاءَ، فَلَا يَصِحُّ إِلَّا أَنْ يُكْرِيَهُ إِيَّاهَا أَرْضًا بَيْضَاءَ لَا مَاءَ لَهَا يَصْنَعُ بِهَا الْمُسْتَكْرِي مَا شَاءَ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَبْنِي، وَلَا يَغْرِسُ)[١].

وهذا كما قال.. إذا كان للأرض ماءٌ نادرٌ مثل أن يكون شربُها من سيل إن جاء، وهو أن يكون علىٰ وادٍ قد يسيل نادرًا، والغالبُ أنه لا يسيل، أو يكون شربُها بنطْفِ السماء، وهو المطر، ومنه سُمي المنيُّ نُطفة؛ لأنها ماء قليل، فالمسألة مصورةٌ بأن يكون مطرٌ شديدٌ خارجٌ عن العادة، وشربها منه، فإذا اكترىٰ أرضًا هذه صفتها فلا يخلو من أن يقول: «للزرع»، أو يقول: «أكريتُكها أرضًا بيضاء»، أو يطلق.

فإن قال: «للزراعة»، فالعقدُ باطل؛ لأنه أكراه منفعة لا يمكنه تسليمها في العادة، فهو [كما لو أكراه عبدًا آبقًا أو مغصوبًا.

وإن قال «أرضًا بيضاء لا ماء لها»؛ صح العقد؛ لأن المكتري قد دخل علىٰ أنها لغير الزراعة، فهو][٢] كما لو اشترىٰ سلعةً معينةً وهو عالم بعيبها.

إذا ثبت هذا؛ فله أن يطرح فيها الرحْلَ والحَطَبَ ويقيم فيها الماشية، فإن تجدد لها ما كان له أن يزرعها، اللهم إلا أن يريد الغراس أو البناء فليس له ذلك؛ لأن تحديد المدة بسنة يقتضي تفريغها عند انقضاء المدة، والغراس والبناء إنما يقتضي التأبيد، وأما إذا أطلق العقد ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصح؛ لأن الإطلاق يقتضي الزراعة، ولو شرط الزرع لم يصح، فكذلك هاهنا.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٨).

(٢) ليس في (ق).

والوجهُ الثاني: ننظر فيه، فإن كان علىٰ صفة لا يقدر لها علىٰ الماء بحال، فالعقدُ جائز، وإن قدر لها علىٰ ماء من بئر أو نهر أو غيره فالعقد باطل.

والفرقُ بينهما أنه إذا لم يقدرْ لها علىٰ ماء فقد دخل المكتري مع العلم بأنها لا تزرع وأن الانتفاع بها بغير الزرع، فهو كما لو اشترىٰ ثوبًا مع العلم بالعيب، وليس كذلك إذا أمكن لها ماء بوجه؛ لأن المكتري دخل معتقدًا أن المكري يحصل الماء لها، ولا يجب ذلك عليه، فلهذا بطل، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ ﷺ: (وَإن كَانَتِ الْأَرْضُ ذَاتَ نَهْرٍ مِثْلِ النِّيلِ وَغَيْرِهِ مِمَّا يَعْلُو الْأَرْضَ عَلَى أَنْ يَزْرَعَهَا زَرْعًا لَا يَصْلُحُ إلَّا بِأَنْ يُرْوَى بِالنِّيلِ لَا بِئْرَ لَهَا وَلَا مَشْرَبَ غَيْرُهُ؛ فَالْكِرَاءُ فَاسِدٌ)[١].

وهذا كما قال.. صورةُ المسألة أن تكونَ الأرضُ علىٰ نهر عظيم[٢] - كدجلةَ والفراتِ والنيل - غير أنها عاليةٌ لا تشربُ إلا عن زيادة نادرة، وهو أن يزيد زيادة لم تجرِ العادةُ بمثلها، فإن اتفقت الزيادة النادرة لها زُرعت، وإلا لم تُزرع، مثل أن تكون الزيادة المعتادة عشرة أذرع، والنادرة خمسة عشر، فالحكمُ فيها كالتي قبلها إن اكتراها للزراعة لم يصح.

وإن قال: «أرضًا بيضاء لا ماء لها» صح، وإن أطلق لم يصح هاهنا وجهًا واحدًا لأنه لا يتصور أن يقال لا يقدر لها علىٰ ماء بحال، فإنها علىٰ الماء، ويمكن أن ينصب لها دالية.

وإن علتْ فإن أكراها والزيادةُ النادرةُ موجودةٌ صح؛ لأن التمكن من

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٨).

(٢) في (ق): «كبير عظيم».

الانتفاع موجود وزواله مظنون.

فأما إن كانت تشرب من الزيادة المعتادة لكن الزيادة معدومة حال العقد وتحصل عند الحاجة إلىٰ الزرع، أو كانت من أرض البصرة التي تشرب علىٰ المد والجزر، فاكتراها حين الجزر، أو كانت من أراضي الجبال العِذْي الذي شربها من السماء، فكلُّ هذا فعلٌ معتادٌ غير أنه معدومٌ حال العقد، فالعقد جائز؛ لأن المقصودَ بالعقد الزرع، وهو موجودٌ حين الحاجة إليه، فوجب أن يصح.

فإن قيل: إذا كان الماءُ معدومًا حال العقد لم يبطل الانتفاع بالعقد، فكيف يصح علىٰ قولكم؟

قلنا: وإن كان معدومًا حال العقد، فإنه يمكنه الانتفاع عَقِيب العقد؛ لأنه يتشاغل بعمارتها حتىٰ إذا جاء الماء سقىٰ، ولو كانت الأرضُ مما لا يمكن الانتفاع بها بحال إلا بالماء عَقِيب العقد، لم يصح العقد، إلا مع وجود الماء، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال ﷺ: (وَإِن تَكَارَاهَا وَالْمَاءُ قَائِمٌ عَلَيْهَا، وَقَدْ يَنْحَسِرُ لَا مَحَالَةَ فِي وَقْتٍ يُمْكِنُ فِيهِ الزَّرْعُ فَالْكِرَاءُ جَائِزٌ، وَإِنْ كَانَ قَدْ يَنْحَسِرُ، وَلَا يَنْحَسِرُ كَرِهْتُ الْكِرَاءَ قبلَ انْحِسَارِهِ)[١].

وهذا كما قال.. إذا كان الماءُ قائمًا في الأرض ولا يمكنُ زراعتها قبل انحساره عنها نَظَرْتَ، فإن كان الماءُ قد ينحسر وقد لا ينحسر حال الزرع، فالكراء باطل؛ لأنه عقد علىٰ ما قد يجوز أن يمكنه الانتفاع به وقد يجوز أن لا يمكنه، فوجب أن لا يصح، وإن كان الماءُ ينحسرُ عنها عند الزراعة غالبًا

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٨).

ويمكنه الزرع[1] بعد انحساره، فالكراء جائز؛ لأن المقصود منه الزرع، وهو يتمكن من المقصود، فالحُكْمُ فيها كما لو كان معدومًا حال العقد موجودًا حال الزرع، فكذلك إذا كان موجودًا حال العقد منحسرًا حال الزرع، ولأن كونَ الماء فيها قبل وقت الزراعة من منافعها وفيه مصلحةٌ لها، فهو بمنزلة عمارتِها.

فإن قيل: كيف يجوزُ كراء الأرض - والماء فيها - وعندكم لا يصح العقدُ إلا بعد مشاهدتها؟

فالجوابُ: أن المسألة مصورةٌ فيه إذا كانا قد شاهداها قبل الماء، أو كان الماء صافيًا رقيقًا لا يحجُبُ رؤيتها، فأما إذا كان كدِرًا كثيرًا يمنع المشاهدةَ أو لم يشاهدها قبل العقد، فلا يصح.

◆مَسْألَةٌ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ غَرَّقَهَا بَعْدَ ما يصحُّ كِرَاؤُهَا نِيلٌ أَوْ سَيْلٌ أَوْ شَيْءٌ يُذْهِبُ الْأَرْضَ أَوْ غُصِبَتْ انْتَقَضَ الْكِرَاءُ بَيْنَهُمَا مِنْ يَوْمِ تَلِفَتْ الْأَرْضُ)[2] إلى آخر الفصل.

وهذا كما قال.. إذا أكراه أرضًا للزراعة فلحقها غرقٌ، أو غصبها غاصبٌ، فإن الشافعي قال[3]: ينتقض الكراء.

وجمع بين الغرق والغصب، ونحن نفرد الغرقَ عن الغصب؛ لأن حكمهما مختلفٌ، فإنها إذا غرقت هلكتْ منافعها لا إلىٰ بدل، وإذا غُصبت هلكتْ منافعها إلىٰ بدل.

---

(١) في (ق): «الزراعة».

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٨).

(٣) الأم (٣/ ٢٥٧).

فإذا لحقها غرقٌ لم تخْلُ من أن تغرق كلُّها أو بعضها، فإن غرقت كلُّها نَظَرْتَ فإن انحسر الماء بعد يوم ويومين ولم يمنع من الزرع، فالمكتري بالخيار بين أن يفسخ أو يقيم علىٰ العقد، وقال أبو حنيفة: لا خيار له.

وهذا غلطٌ؛ لأنه عيبٌ لحق المعقودَ عليه قبل القبض، فكان له الخيار، كما لو اشترىٰ عبدًا فقطعت يده قبل القبض، فإن للمشتري الخيار، كذلك ههنا.

وإن كان الماء مانعًا من الزرع ولا ينحسر حتىٰ يفوتَ وقتُ الزراعة انفسختِ الإجارة؛ لأن المنفعة هلكتْ قبل القبض، ثم ننظر، فإن لم يكن مضىٰ من المدة شيءٌ فقد سقطت الأجرة، وإن كان قد مضىٰ بعد المدة انفسخ العقدُ فيما بقي، وهل ينفسخ فيما مضىٰ؟ علىٰ طريقين:

أحدهما: لا يبطل؛ لأن الفساد طرأ بعد صحة العقد.

والثاني: يكون فيه قولان؛ كتفريق الصفقة، فكلُّ موضع نقول ينفسخ العقد في الكل يلزم المكتري أجرة المثل لما مضىٰ ويسقط المسمىٰ، وكلُّ موضعَ قلنا لا ينفسخ فيما مضىٰ لزمه من المسمىٰ بحصة ما مضىٰ.

هذا الكلام فيه إذا غرقت الأرضُ كلها، فأما إن غرق بعضُها، فإن العقد ينفسخُ فيما غرق منها، وهل ينفسخ في الباقي أم لا؟ علىٰ الطريقين، فإن قلنا ينفسخُ في الكل، أو قلنا لا ينفسخ، لكن المكتري اختار الفسخ فعلىٰ المكري رد الأجرة إن كان قبضها، وإن كان قد مضىٰ بعضُ المدة فعلىٰ المكتري ما يخصها، وإن قلنا لا ينفسخ واختار المكتري الإقامة علىٰ العقد، فبكم يمسك الباقي؟ فيه قولان؛ **أحدهما:** يمسكه بكل الأجرة أو يرد، **والثاني:** يمسكه بالحصة من الأجرة أو يرد.

فإن قيل: أليس لو اشترىٰ عبدًا فذهبت يده في يد البائع كان المشتري

بالخيار بين إمساكه بجميع الثمن أو يرد مالًا كان هاهنا مثله.

فالجوابُ: أن الثمن في البيع لا يتقسَّطُ علىٰ أطراف العبد، فلهذا لم يكن له إمساكُه ببعض الثمن، وليس كذلك في مسألتنا، فإن الأجرةَ تتقسَّط علىٰ أجزاء المنافع، فلهذا كان إمساكُه بحصته من الأجرة كمن اشترىٰ صُبرة طعامٍ، فإن الثمن يتقسَّطُ علىٰ أجزائها، وبان الفرقُ بينهما.

وأما إذا غصب الأرض غاصبٌ فإن كان ذلك عَقِيب العقد يثبت للمكتري الخيار كما نقول في العبد المبيع يأبق؛ لأنه تعذر تسليمُ المبيع إليه.

وإن كان المكتري قبض الأرض[1] ومضىٰ بعضُ المدة في يده، ثم غُصبت، فإن الخيار أيضًا يثبت له، فإن فسخ العقد انفسخ فيما بقي، وهل ينفسخ فيما مضىٰ؟ علىٰ الطريقين، وإن لم ينفسخ حتىٰ مضت المدة كلها في يد الغاصب فالمسألة علىٰ قولين:

أحدهما: ينفسخُ العقد، قال ذلك في الجديد، ويرجعُ علىٰ المكري بالمسمىٰ، ويرجع المكري علىٰ الغاصب بأجرة المثل.

والثاني: لا ينفسخُ العقد، قاله في القديم، وحكاه أبو ثور عنه، ويثبتُ له الخيار، فإن شاء فسخ واسترجع المسمىٰ ورجع المكري علىٰ الغاصب بأجرة المثل، وإن شاء أمضاه، ولزمه المسمىٰ، ورجع علىٰ الغاصب بأجرة المسمىٰ.

وهذا كما قلنا في المبيع إذا أتلفه أجنبي في يد البائع كانت المسألةُ علىٰ قولين، وإن أتلفه البائعُ انفسخ العقدُ قولًا واحدًا، وقال أبو العباس ابن سريج: إذا أتلف المبيعَ أجنبيٌّ لم ينفسخ العقدُ قولًا واحدًا، وإن أتلفه البائع فعلىٰ قولين، والطريقةُ الصحيحةُ ما ذكرنا؛ لأن علىٰ قول أبي العباس لا تنفسخُ الإجارة إذا مضت المدة في يد الغاصب، وقد نص الشافعيُّ في مسألةٍ تأتي بعد

---

(١) في (ص): «الأجرة».

هذا - وهي إذا اكترىٰ دارًا سنةً فغصبها رجلٌ - أنه لا كراء علىٰ المكتري، وعلل بأنه لم يسلم له ما اكتراه، فقول أبي العباس مخالفٌ لنصِّ الشافعي.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ مَرَّ بِالْأَرْضِ مَاءٌ فَأَفْسَدَ زَرْعَهُ أَوْ أَصَابَهُ حَرِيقٌ أَوْ جَرَادٌ فَلَا خِيَارَ لِلْمُكْتَرِي؛ لِأَنَّ الهَلَاكَ لَمْ يَكُنْ لِلْمَنْفَعَةِ وَلَا مَا مَلَكَهُ بِالْعَقْدِ، وَإِنَّمَا هَلَكَ مَالُهُ وَمَا يَسْتَوْفِي بِهِ المَنْفَعَةَ) قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (كَمَا لَوْ اكْتَرَى دَارًا لِلْبَزِّ فَاحْتَرَقَ الْبَزُّ فَإِنَّهُ لَا يُؤَثِّرُ فِي عَقْدِ الْإِجَارَةِ)[(١)].

قصد الشافعي - والله أعلم - بهذه المسألة الفرقَ بينها وبين ما سلف؛ حيث قلنا ينفسخ بالغصب، والفرقُ أن الهالك هناك المعقودُ عليه قبل القبض، والهالك هاهنا ما تناوله العقد، فبان الفرقُ بينهما، إذا ثبت هذا فإن العقد بحاله، فإن أمكن المكتري أن يزرعها غير ذلك أو ينتفع بما ضررُه ضررُ الزرع فَعَلَ، وإن لم يمكنه استقر المسمىٰ عليه.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (وَلَوْ اكْتَرَاهَا؛ لِيَزْرَعَهَا قَمْحًا فَلَهُ أَنْ يَزْرَعَهَا مَا لَا يَضُرُّ بِالْأَرْضِ إِلَّا ضَرَرَ الْقَمْحِ)[(٢)].

وهذا كما قال.. إذا اكترىٰ أرضًا ليزرعها، ففيه أربع مسائل: إما أن يقول «للزراعة»، أو يقول: «لأزرعها حنطة» [أو يقول: «لأزرعها حنطة][(٣)] وما ضرره ضرر الحنطة»، أو يقول: «لأزرعها حنطةً ولا أزرع غيرها».

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٨).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٨- ٢٢٩).

(٣) ليس في (ص).

فإن قال «للزراعة» أو «لأزرعها» صح؛ لأنه قد ذكر جنس ما يستوفي به المنفعة، وله أن يزرعها أي زرع شاء؛ لأنه إذا أطلق الزرع ملك أن يزرعها أضر زرع بها، فأي زرع كان فهو حقه أو دونه.

[وإن قال: «لأزرعها حنطة» كان له أن يزرعها حنطة وما ضرره ضرر الحنطةِ، وبه قالت الجماعة غير داود، فإنه قال: لا يزرعها غير الحنطة][1].

فإن قال: «لأزرعها حنطة وما ضرره ضرر الحنطة»؛ كان له ذلك بمقتضىٰ العقد، وأما الشرطُ فإنه تأكيد.

وإن قال: «لأزرعها حنطة ولا أزرعها غيرها»؛ فالشرطُ باطل؛ لأن إطلاق العقد يقتضي أن يزرعها حنطة وغيرها، فإذا شرط أن لا يزرعها غيرها فهو خلاف ما يقتضيه فبطل الشرط، فإذا بطل فهل يبطل العقد أم لا؟ علىٰ وجهين:

أحدهما: يبطل العقدُ؛ لأنه شرط ليس من مصلحة العقد ينافي مقتضاه، فوجب أن يبطل العقد، كما لو باعه بشرط أن لا خسارة عليه.

والثاني: لا يبطل العقد؛ لأنه لا ضرر علىٰ أحد المتعاقدين في سقوطه، فإذا سقط لم يؤثر في العقد، فهو كما قال الشافِعِيُّ في الصداق[2]: «ولو أصدقها ألفين علىٰ أن يعطي أباها ألفًا، فالصداق صحيح».

إذا ثبت هذا، فإنا نرجع إلىٰ الكلام مع داود، فمن نصر قوله احتج بأنه لو اكترىٰ قميصًا ليلبسه لم يكن له أن يتزر به، فكذلك هاهنا.

قالوا: ولأن الشافعي قد دخل فيما أنكره لأن أبا حنيفة قال: لو اشترىٰ سلعة بدراهم معينة، كان له أن يدفع إليه غيرها؛ لأن الدراهم والدنانير لا

---

(١) ليس في (ق).

(٢) الأم (٥/ ٧٣).

تتعين عنده، فأنكر الشافعي عليه هذا، ثم دخل في مثله.

ودليلُنا أنه عقد علىٰ منفعة الأرض، فكان له أن يستوفي المنفعة بما عين له، وبغيره مما هو في معناه، كما لو اكترىٰ دابة ليركبها [فإنه يجوز أن يركبها][1] هو أو من هو مثله في الثِّقل، [وكما إذا اشترىٰ غلة][2] وشرط أن يكتالها بمكيال فلان، فإنه يجوز أن يكتالها بذلك المكيال وبغيره مما هو مثله، ولأن الأرض لو مكثت في يده طول المدة فلم يزرعها استقرت الأجرة، ولزمه الرد عند انقضاء المدة، وإن كان قد استوفىٰ المنفعة بغير ما عينه، فكذلك هاهنا.

فأما الجوابُ عما ذكروه من القميص، فإن العقد كان علىٰ اللبس دون الاتزار به، فلم يجز له أن يتزر به؛ لأن ضرره أكبر من ضرر اللبس.

وأما الجوابُ عما ذكروه من الدراهم، فإن العقد علىٰ عينها يكون فيه غرضٌ صحيحٌ، فلذلك لم يكن له أن يعطىٰ غيرها، وفي مسألتنا العقدُ هو علىٰ المنفعة، والحنطةُ تستوفىٰ بها، فجاز زراعتها وزراعة ما هو في معناها، والله أعلم.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ **قال الشافِعِيُّ** رضي الله عنه: (وَإِنْ كَانَ يَضُرُّهَا مِثْلُ عُرُوقٍ تَبْقَى فِيهَا فَلَيْسَ ذَلِكَ له، فَإِنْ فَعَلَ فَهُوَ مُتَعَدٍّ وَرَبُّ الْأَرْضِ بِالْخِيَارِ، إنْ شَاءَ أَخَذَ الْكِرَاءَ، وَمَا نَقَصَ الْأَرْض عَمَّا يُنْقِصُهَا زَرْعُ الْقَمْحِ أَوْ يَأْخُذُ مِنْهُ كِرَاءَ مِثْلِهَا)[3].

وهذا كما قال.. إذا اكترىٰ أرضًا للزراعة، فأراد أن يزرعها زرعًا ضررُه

(١) ليس في (ق).

(٢) ليس في (ق).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٩).

أكثرُ من ضرر الزرع الذي سماه فللمكري أن يمنعه من ذلك؛ لأنه ضررٌ لم يتناوله عقدُ الإجارة، فهو كما لو غصب أرضًا وأراد أن يزرعها لم يكن له ذلك؛ لأنه لم يستحقها بعقدٍ، فكذلك هاهنا، فإن خالف فزرع لم يخْلُ من أن يكون المكري علم بذلك بعد أن أدرك الزرعُ أو قبل إدراكه.

فإن كان بعد أن أدرك الزرعُ واستحصد فقد ذكر الشافعيُّ[1] أنه بالخيار؛ إن شاء أخذ الكراء وما نقص الأرض عما ينقصها الزرع الذي سمىٰ في العقد، أو يأخذ منه كراء مثلها، وقال المزني[2]: (أشبه بقوله أن يكون الأول أولىٰ) **واختلف أصحابُنا فيه على طريقين:**

فمِنهم مَن قال: المسألة على قولين؛ ذهب إلىٰ ذلك أبو العباس بن القاص وأبو إسحاق وغيرهما، قالوا: ظاهر كلام المزني يدلُّ عليه؛ لأنه قال: (أشبه بقوله أن يكون الأول أولىٰ)[3]:

فأحد القولين: أنه يأخذ المسمىٰ وأجرة المثل فيما زاد علىٰ ضرر القمح إذا سماه؛ لأن تسميته هي لتقدير الضرر وليس هي المعقود عليه، فإذا عدل إلىٰ ما هو أضر فقد استوفىٰ قدر حقِّه وزيادة عليه، فهو كما لو اكترىٰ بهيمةً إلىٰ النهروان فجاوز بها إلىٰ حُلوان.

والقول الثاني: أنه يلزمه أجرة المثل في جميعه؛ لأنه في الجملة انتفاع غير مأذون له فيه، فهو كما لو زرعها غصبًا.

ومِن أصحابِنا مَن قال: المسألة على قول واحد، وهو أنه بالخيار بين أن يأخذ المسمىٰ في مقابلة ضرر القمح، وأجرة المثل فيما زاد علىٰ ذلك، وبين

---

(١) الأم (٣/ ٥٨).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٩).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٩).

أن يأخذ أجرة المثل بجميع ذلك؛ لأنه أخذ شبهًا من أصلين من الغصب لأنه يبتدئ بالزرع، وهو غير مأذون له فيه، ومن استئجار البهيمة إلىٰ النهروان، فلما أخذ شبهًا من هذين الأصلين خُير بينهما.

وهذا كما قلنا فيه إذا قال: «إن فعلتُ كذا فلله عليَّ أن أحجَّ»، فإنه يخير بين التكفير وبين الحج؛ لأنه أخذ شبهًا من اليمين وشبهًا من النذر، قال هذا القائل: وقولهم إن قول المزني يدل علىٰ أن المسألة أشبه بقوله أن يكون الأول أولىٰ؛ ليس كذلك؛ لأنه يجوز أن يكون أراد أن إحدىٰ جنبتي التخيير أولىٰ من الجنبة الأخرىٰ.

وقد ذكر المزني كلامًا ليستدل به علىٰ أن أخذ الكراء وأجرة المثل فيما زاد علىٰ ضرر القمح أولىٰ فقال: لأنه أخذ ما اكترىٰ وزاد علىٰ المكتري ضررًا، كرجل اكترىٰ منزلًا يدخل فيه ما يحمل سقفه، فجعل فيه أكثر، فأضر ذلك بالمنزل، فقد استوفي سكناه وعليه [قيمة ضرره، وكذلك لو اكترىٰ منزلًا فجعل فيه القصارين والحدادين، فتقلَّع البناء، فقد استوفىٰ سكناه وعليه][1] بالتعدي ما نقص المنزل.

قال أصحابُنا: لا فرق بين مسألة الكتاب وبين هذه المسائل، وكلُّها علىٰ طريقين: أحدها: أن فيها قولين، والثاني أنها علىٰ قول واحد.

وكذلك لو اكترىٰ بهيمةً ليقطع بها مسافةً إلىٰ ناحية بعينها، فقطع بها مسافة أخرىٰ أطول من تلك، فالمسألة علىٰ طريقين.

قال القاضي أيده الله[2]: كلامُ الشافعيِّ يدلُّ علىٰ أنه أراد الكراء، وقيمة ما نقصت الأرض بالضرر الزائد علىٰ ضرر القمح؛ لأنه قال: وربُّ الأرض

(١) ليس في (ق).
(٢) لفظ الجلالة ليست في (ص).

بالخيار، إن شاء أخذ الكراء وما نقص الأرض عما ينقصها زرع القمح، وكذلك ظاهرُ كلام المزنِيِّ يدلُّ عليه فيما مثله من مسألة القصارين والحدادين، فيجب أن تكون المسألة علىٰ الطريقين:

أحدهما: فيها قولان؛ أحدهما: أنه يأخذ أجرة المثل للجميع، والثاني: يأخذ الكراء المسمىٰ في مقابلة ضرر القمح وأرش ما نقصت الأرض بالضرر الزائد علىٰ ضرر القمح.

والطريق الآخر: أنه بالخيار بين أن يأخذ المسمىٰ أرش ما نقصت الأرض، وبين أن يأخذ أجرة المثل للجميع.

هذا كلُّه إذا علم بذلك وقد استحصد الزرع، فأما إذا علم به قبل بلوغ الزرع وإدراكه فإن له أن يقلعه؛ لأنه غير مأذون له فيه كالغاصب إذا زرع الأرض، وإن كان ضرره ما بلغ بعدُ قدر ضرر القمح؛ لأنه يبلغ ذلك المقدار في الثاني، ويتجاوزه إلىٰ ما يستحق عليه، فكان له قلعه في الحال.

فإذا قلعه نُظِرَ، فإن كانت المدة التي قد بقيت يحتمل أن يزرع في مثلها زرعًا يدرك فيها كان للمكتري أن يزرعها، وإن لم يحتمل ذلك لم يكن له أن يزرعها، وقد استقرت عليه الأجرة؛ لأنه فوَّت المنفعة علىٰ نفسه، فهو كما لو أمسكها طول المدة ولم يزرعها.

◆ مَسْألةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللهُ: (ولو قَالَ: ازْرَعْهَا مَا شِئْتَ، فَلَا يُمْنَعُ مِنْ زَرْعِ مَا شَاءَ، وَإِن أَرَادَ الْغِرَاسَ فَهُوَ غَيْرُ الزَّرْعِ)(١).

وهذا كما قال.. إذا اكترىٰ أرضًا وأطلق لم يجز؛ لأنها تكترىٰ لمنافع

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٩).

مختلفة، فلا بد من تعيين جنس منها، كما إذا اكترىٰ بهيمة وأطلق [لم يجز][١]؛ لأن البهيمة ينتفع بها بأجناس مختلفة؛ فلا بد من التعيين، وكذلك ههنا.

وإن اكتراها ليزرعها وأطلق الزرع جاز، وعليه أكثر أصحابنا، وله أن يزرع أي زرع شاء، وإن كان أبلغ ضررًا.

وقال أبو العباس: لا يجوز ذلك؛ لأن أنواع الزرع تختلف وتتباين، فلا بد من التعيين.

وهذا غيرُ صحيح؛ لأنها وإن كانت تختلف غير أنه اختلافٌ متقاربٌ فأُجري مجرىٰ النوع الواحد.

ومتىٰ اكتراها للزرع فلا يجوز أن يغرسَ فيها؛ لأن الغرسَ أعظمُ ضررًا، وكذلك إن عيَّن له زرعًا لم يكن له أن يزرع ما هو أعظم ضررًا، وإن اكتراها للغراس وأطلق جاز، وقال أبو العباس: لا يجوز؛ لأنه يختلفُ ويتباينُ ضررُه[٢]، وليس قوله بشيء؛ لأن الغراسَ متقاربُ الاختلاف فأُجري مَجْرىٰ النوع الواحد.

ولا يجوزُ أن يبني فيها؛ لأن ضرر البناء مخالفٌ لضرر الغراس، فلا يكون الإذنُ في أحدهما إذنًا في الآخر.

ويجوز أن يكتري دارًا ويطلق، فإذا تسلمها سكن فيها وأسكن غيره، وله أن يضع فيها متاعًا لا يضرُّ بحيطانها، ولا يجوزُ أن يطرح فيها سِرْجينًا وما أشبهه؛ لأنها تفسد به، ولا يجوزُ أن ينصب فيها حدَّادين وقصَّارين؛ لأن ضررهم أعظمُ من ضرر السكنىٰ.

---

(١) ليس في (ق).

(٢) في (ف): «ضرورة»، وهو تصحيف.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ قَالَ ازْرَعْهَا واغْرِسْهَا مَا شِئْت فَالْكِرَاءُ جَائِزٌ)[١].

وهذا كما قال.. إذا أكراه أرضًا علىٰ أن يزرعها ويغرسها، فقد ذكر الشافعي أن ذلك جائز، وقال المزني[٢]: أشبه بقوله أن لا يجوز؛ لأنه لا يدري كم يزرعُ منها، وكم يغرس، فإن غرس الأكثر وزرع الأقلَّ كان ذلك أضر بالأرض، وإن غرس الأقلَّ وزرع الأكثر كان ذلك أقلَّ ضررًا علىٰ الأرض.

قال أصحابُنا: الأمر علىٰ ما ذكره المزني، قال أبو إسحاق: وإنما أراد الشافعيُّ إذا قال ازرعها واغرسها أن يرجع ذلك إلىٰ غرس الجميع أو زرع الجميع، فكأنه قال علىٰ أن يزرعها كلَّها أو يغرسها كلَّها، ولو قال ذلك كان جائزًا.

وقال أبو الطيب بن سلمة[٣]: يصح ذلك علىٰ ظاهر ما ذكره الشافعي، ويزرع نصفها ويغرس نصفها كما إذا قال: هذه الأرض لفلان وفلان؛ كانت بينهما نصفين بإطلاق اللفظ.

وهذا غير صحيح؛ لأن أصحابنا أجمعوا علىٰ أنه إذا قال «بِعتُك هذه السلعة بمائة مثقال ذهب وفضة» لم يجز، ولا يُحمل ذلك علىٰ النصفين، فكذلك هاهنا؛ لأن كلَّ واحد منهما عوضٌ في عقد، ولأن الشافعي صرح بهذا، فقال: «إذا قال ازرع البعض منها واغرس البعضَ لم يجز ذلك» ولا يُحمل علىٰ النصفين، فثبت أن الصحيح ما قاله أصحابُنا دون قول أبي الطيب، والله أعلم.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٩).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٩).

(٣) أبو الطيب محمد بن المفضل بن سلمة بن عاصم الضبي البغدادي الفقيه الشافعي.

♦ مَسْألةٌ ♦

قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ انْقَضَتْ[١] سِنُوهُ لَمْ يَكُنْ لِرَبِّ الْأَرْضِ أَنْ يَقْلَعَ غِراسَهُ حَتَّى يُعْطِيَهُ قِيمَتَهُ وَقِيمَةَ ثَمَرَتِهِ إنْ كَانَتْ فِيهِ يَوْمَ يَقْلَعُهُ، وَلِرَبِّ الْغِرَاسِ إنْ شَاءَ أَنْ يَقْلَعَهُ عَلَى أَنَّ عَلَيْهِ مَا نَقَصَ الْأَرْضَ الْغِرَاسُ كَالْبِنَاءِ إِذَا كَانَ بِإِذْنِ مَالِكِ الْأَرْضِ مُطْلَقًا)[٢].

وهذا كما قال.. إذا اكترىٰ أرضًا سنةً ليغرسها جاز ذلك، وله أن يغرس فيها ما لم تنقضِ المدة، فإذا انقضتْ لم يكن له بعد ذلك أن يستأنف غراسًا؛ لأنه غير مأذون له فيه بعد مُضي المدة، فأما ما غرسه فهل يلزمه قلعه؟ يُنْظر، فإن كان شرط عليه قلْعَه بعد مضي المدة لزمه قلْعُه؛ لأنه دخل في العقد راضيًا بدخول هذا الضرر عليه، فإذا قلعه فليس عليه تسويةُ الحفر؛ لأنه قلعٌ مأذونٌ له فيه، وإن لم يشرط عليه القلْعَ ولكنه أطلق العقدَ لم يُجبر علىٰ القلع؛ لأن إطلاق ذلك يقتضي التأبيد؛ لأن الغراس إنما يُغرس للتأبيد.

فإن قيل: فهلا قلتم إنه إذا شرط قلعه بطل العقد؛ لأنه شرطٌ يخالف مقتضىٰ العقد؟

فالجوابُ: أن كلَّ ما رجع إطلاقُه إلىٰ العرف والعادة، فإن الشرط آكد منه، ألا ترىٰ أن إطلاق النقدين يرجعُ إلىٰ النقد الغالب، فإطلاقُ السير في الإجارة يرجع إلىٰ السير المعتاد، ولو شرطا نقدًا خلاف النقد الغالب أو سيرًا خلاف السير المعتاد كان جائزًا، وإن شرط التبقية فهو تأكيدٌ لما تضمنه الإطلاق.

إذا ثبت أن له قلْعَه فإن أراد أن يقلعه كان ذلك له[٣]؛ لأنه ملكه، وإذا قلعه

(١) في (ف): «نقصت»، وهو تصحيف.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٩).

(٣) في (ق): «له ذلك».

فعليه تسويةُ الحفر؛ لأنه غيرُ مأذون له في ذلك القلع، وإن لم يرد قلعه كان المكري[١] بالخيار بين ثلاثة أشياء: بين أن يغرم له قيمته، ويُجبر المكتري علىٰ أخذها فيحصل للمكري الأرضُ بغراسها، وبين أن يُجبر علىٰ قلعه بشرط أن يغرم له أرش ما ينقصُ بالقلع، فيلزم ما بين قيمته نابتًا وقيمته مقلوعًا، وبين أن يتركه ويطالبه بالأجرة.

فأما إذا أراد أن يجبره علىٰ القلع من غير أن يغرم له شيئًا فليس له ذلك، ومتىٰ ما بقينا الغراس في أرضه فباعه من صاحب الأرض جاز.

وإن باعه من غيره، ففيه وجهان؛ **أحدهما**: يجوزُ وهو الصحيح[٢]؛ لأنه ملكه، **والثاني**: لا يجوز؛ لأن المكري[٣] يملك أن يزيل ملكه بغرامة القيمة له، فملك المكتري غير مستقر عليه، فلم يجز بيعه.

وهذا غلطٌ؛ لأنه يبطلُ بالشِّقْص الذي تثبت فيه الشفعة؛ لأنه لا يستقرُّ ملك المشتري عليه؛ لأن للشفيع أن يزيل ملكه عنه، ومع ذلك فإن المشتري يملك بيعه.. هذا ترتيب مذهبنا.

وقال أبو حنيفة والمزني: له أن يجبره علىٰ القلع من غير أن يغرم له شيئًا.

واحتج من نصرهما بقوله تعالىٰ: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ فاقتضىٰ ذلك أن لا يجوز له إزالةُ ملكِ المكتري عن غراسِهِ بالإجبار علىٰ قبول القيمة.

قالوا: ولأن المدة إذا قُدِّرت في الإجارة اقتضىٰ ذلك التفريغ عند انقضاء المدة، كما لو اكترىٰ دارًا ليدع فيها متاعًا وانقضتِ المدةُ؛ لزمه تفريغُها ونقلُ

---

(١) في (ف): «المكتري».

(٢) في (ف)، (ق): «الأصح».

(٣) في النسخ: «المكتري»، وهو تصحيف.

المتاع، فكذلك هاهنا.

ودليلُنا قوله ﷺ: «**ليس لِعِرْقٍ ظالِم حقٌّ**»[١] فدل على أن العِرْقَ إذا كان غير ظالم كان له حقٌّ، وروي عن عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال: «**مَن غَرَسَ فِي رِباع قَوْمٍ بإِذْنِهِم فله القيمةُ**»[٢].

ولأنه غرس في أرض غيره بإذنٍ مطلقٍ فلم يُجبر علىٰ القلع بغير أرش، أصله: إذا أعاره أرضًا مدة الغراس، ثم رجع قبل انقضائها، فإنه لا يجبر علىٰ قلعه حتىٰ تنقضي المدة، ولا يدخل عليه إذا شرط القلع؛ لأنا قلنا: بإذن مطلق.

فأما الجوابُ عن الآية، فهو أن نقول: إنما أراد بذلك إذا لم يكنِ الحقُّ مستحقًّا عليه، فأما إذا كان مستحقًّا عليه فامتنع أُجبر عليه، ألا ترىٰ أنه إذا كان عليه دَيْنٌ فامتنع من قضائه، فإن الحاكم يبيع عليه ماله وإن كان بغير رضاه؛ لأنه حقٌّ مستحقٌّ عليه فكذلك هذا.

وأما الجوابُ عن قياسهم على القماش أنه لا يوضع في الدار للتأبيد، وليس كذلك الغرس؛ لأنه يغرس للتأبيد في العُرْف والعادة، وفرقٌ بين الأمرين، ألا ترىٰ أنه إذا كان قد زرع الأرضَ لم يُجبر علىٰ القلع حتىٰ يدرك؛ لأن العادة أن الزرع لا يقلع قبل الإدراك، والله أعلم.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال: (وَمَن اكْتَرَى فَاسِدًا فَقَبَضَهَا، وَلَمْ يَزْرَعْ، وَلَمْ يَسْكُنْ حَتَّى انْقَضَتْ المُدَّةُ فَعَلَيْهِ كِرَاءُ الْمِثْلِ)[٣].

وهذا كما قال.. إذا اكترىٰ دارًا أو أرضًا مدةً معلومةً وكانت الإجارةُ

---

(١) أخرجه مالك (٢٧٥٠) وأبو داود (٣٠٧٣) والترمذي (١٣٧٨) عن سعيد بن زيد رضي الله عنه.

(٢) أخرجه الدارقطني (٤٥٩٩)، والبيهقي (١١٤٩٢).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٩).

صحيحةً، ومضتِ المدةُ؛ استقرت عليه الأجرة، وسواء استوفىٰ تلك المنافع وانتفع بها أو لم ينتفع بها، وهكذا إذا كانت الإجارةُ فاسدةً استقرت عليه أجرةُ المثل بمضي المدة، انتفع أو لم ينتفع.

وقال أبو حنيفة: إن كانت الإجارةُ فاسدةً لم تستقر عليه الأجرة حتىٰ ينتفع المستأجر، فأما إذا مضت المدة ولم ينتفع به، فإن الأجرة لا تستقرُّ عليه.

واحتج من نصره بأنه عقدٌ علىٰ منفعةٍ، فإذا كان فاسدًا لم تستقر عليه الأجرة إلا بالاستيفاء كالنكاح إذا كان فاسدًا لم يلزمه مهر المثل حتىٰ يطأ.

ولأن البدل في النكاح آكد ثبوتًا من البدل في الإجارة بدليل أنه يستقرُّ بموت أحدهما، والبدل في الإجارة لا يستقرُّ بموت أحدهما، وربما سقط بموته وهو إذا مات المستأجر ثم ثبت أنه لا يستقرُّ المهر إلا بالاستيفاء إذا كان النكاح فاسدًا فأولىٰ أن لا تستقر عليه الأجرة في الإجارة الفاسدة إلا بالاستيفاء.

ودليلُنا أنها تلفتْ في يده عن إجارةٍ فاسدةٍ، فلزمه ضمانُها كما لو استوفاها، ولأنها منفعةٌ لو تلفت في يده بالاستيفاء استقر عليه بدلُها، فإذا تلفت بغير استيفاء استقر عليه بدلها؛ قياسًا عليه إذا كانت الإجارة صحيحة.

وأما الجوابُ عن قياسهم على النكاح، فهو أن اليد لا تثبتُ علىٰ منفعة البُضْع وتثبتُ علىٰ سائر المنافع، ألا ترىٰ أنه إذا غصب جاريةً جاز أن يزوِّجها سيدها، ولا يجوزُ أن يكرِيَها، وإذا لم تثبت يدُه عليها لم يستقر عليه بدلُها من غير استيفاء، وسائر المنافع تثبت عليها اليد، فلهذا استقر عليه بدلُها بتلفها في يده؛ ولأن المنافع في الإجارة مقدَّرةٌ بالزمان فتفوت بمضيه، ومنفعة البُضْع لا تتقدر بالزمان فلا تفوتُ بمضيه، فلم يستقر عليه بدلُها،

ولهذا نقول: إنه لا يجوز النكاح مؤقتًا.

وأما الاستدلالُ الذي ذكروه فالجوابُ عنه: أنهما يستويان في الوجوب، وإن كانا يختلفان في الاستقرار بعد الوجوب، وكأنما هو في ابتداء الوجوب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (ولو اكْتَرَى دَارًا سَنَةً فَغَصَبَهَا رَجُلٌ لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ كِرَاءٌ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْلَمْ لَهُ مَا اكْتَرَاهُ)[١].

وهذه المسألة قد تقدمت[٢]، وجمع الشافعيُّ بين حكم الأرض تغرق أو تغصب في أن العقد ينفسخ بذلك، فغُنينا عن إعادتِها، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (وَإِذَا اكْتَرَى أَرْضًا مِنَ الْعُشْرِ أَوْ الْخَرَاجِ فَعَلَيْهِ فِيمَا أَخْرَجَتْ الأَرْضُ الصَّدَقَةَ، خَاطَبَ اللهُ تَعَالَى الْمُؤْمِنِينَ، فَقَالَ: ﴿وَءَاتُوا حَقَّهُۥ يَوْمَ حَصَادِهِۦ﴾ [الأنعام: ١٤١] وَهَذَا مَالُ مُسْلِمٍ وَحَصَادُ مُسْلِمٍ فَالزَّكَاةُ فِيهِ وَاجِبَةٌ)[٣].

وهذا كما قال.. إذا اكترىٰ أرضًا وزرعها وَجَبَ عليه العُشْرُ في زرعه، والخراجُ علىٰ صاحب الأرض، فيجتمع العُشْرُ والخراج، وقال أبو حنيفة: لا يجتمعان في أرضٍ واحدةٍ، وعنده أنه إذا اكترىٰ أرضًا وزرعها وجب العُشْرُ علىٰ المكري[٤] دون صاحبِ الزرع، وهاتان المسألتان قد ذكرناهما

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٩).

(٢) تقدمت هذه المسألة (ص ٢٢٧).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٩).

(٤) في (ص، ق): «المكتري»، وهو تصحيف.

في كتاب الزكاة.

قال أصحابُنا: قول الشافعي[(١)]: وهذا مالُ[(٢)] مسلمٍ وحصادُ مسلمٍ، فالزكاة فيه، يدل على أن الكفار غير مخاطبين بشرائع الإسلام وعباداته.

قال القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وهذا لا يدل على ذلك؛ لأن الله تعالى واجه المسلمين بهذا الخطاب، وأمرهم بإيتاء الحق يوم الحصاد، فبين الشافعي بكلامه أن ذلك خطاب مواجهة يرجع إلى المسلم، وأن المكري إذا كان مسلمًا وزرع الأرض وحصده فهو حصاد مسلم، فدخل في جملة الخطاب.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي اكْتِرَاءِ الدَّابَّةِ إِلَى مَوْضِعٍ أَوْ فِي كِرَائِهَا أَوْ فِي إِجَارَةِ الْأَرْضِ تَحَالَفَا، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الرُّكُوبِ وَالزَّرْعِ تَحَالَفَا وَتَرَادَّا، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ ذَلِكَ كَانَ عَلَيْهِ كِرَاءُ الْمِثْلِ)[(٣)].

وهذا كما قال.. إذا اختلف المُكري والمكتري في قدر المنفعة، فقال: «اكتريتُها شهرًا»، وقال «بل شهرين»، أو قال: «لتركبها إلى الكوفة» وقال «بل إلا هند[(٤)]»، أو اختلفا في قدر الأجرة فقال «بعشرين»، وقال المكتري: «بل بعشرة»، فإنهما يتحالفان كما قلنا في المتبايعين إذا اختلفا في قدر الثمن والمثمن.

فإن تحالفا وقلنا ينفسخ العقد بنفس التحالف أو ينفسخ بفسخ، نُظر، فإن كان لم يمضِ من المدة شيءٌ رجع كلُّ واحد منهما إلى حقه، وإن كان بعد مضي المدة في يد المكتري، فقد تلف المعقودُ عليه في يده، فيلزمه أجرة المثل كما قلنا

---

(١) الأم (٤/ ٢١).

(٢) في (ص): «قول»، وهو تحريف.

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٩).

(٤) في (ف): «فيد»!

في المبيع إذا كان باقيًا بعد التحالف رده، وإن كان تالفًا رد قيمته.

والذي يجيءُ علىٰ مذهب أبي حنيفة أنه إن كان ذلك قبل مضي المدة تحالفا، وإن كان بعد مضي المدة في يد المكتري لم يتحالفا، وكان القول قول المكتري، كما قال في المبيع، فجعل القول قول المشتري إذا كانت السلعة تالفة.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ رَبُّ الْأَرْضِ: بِكِرَاءٍ، وَقَالَ الزَّارِعُ: عَارِيَّةٌ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ رَبِّ الْأَرْضِ مَعَ يَمِينِهِ، وَيَقْلَعُ الزَّارِعُ زَرْعَهُ وَعَلَى الزَّارِعِ كِرَاءُ مِثْلِهِ إِلَى يَوْمِ قَلْعِ زَرْعِهِ وَسَوَاءٌ كَانَ فِي أَوَانِ الزَّرْعِ أَوْ غَيْرِهِ)[1] قال المزني رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (هَذَا خِلَافُ قَوْلِهِ فِي الْعَارِيَّةِ فِي رَاكِبِ الدَّابَّةِ يَقُولُ «أَعَرْتَنِيهَا»، وَيَقُولُ «بَلْ أَكْرَيْتُكَهَا» أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الرَّاكِبِ مَعَ يَمِينِهِ، وَخِلَافُ قَوْلِهِ فِي الْغَسَّالِ يَقُولُ صَاحِبُ الثَّوْبِ «بِغَيْرِ أُجْرَةٍ» وَيَقُولُ الْغَسَّالُ «بِأُجْرَةٍ» أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ صَاحِبِ الثَّوْبِ، وَأَوْلَى بِقَوْلِهِ الَّذِي قَطَعَ بِهِ فِي كِتَابِ الْمُزَارَعَةِ، وَقَدْ بَيَّنْتُهُ فِي كِتَابِ الْعَارِيَّةِ)[2].

وهذا كما قال.. إذا زرع رجلٌ أرضَ غيره، ثم اختلف هو وربُّ الأرض، فقال الزارع: «أعرتنيها»، [وقال ربُّ الأرض «بل أكريتُكها»، فقد ذكر الشافعيُّ هاهنا أن القولَ قولُ رب الأرض، وذكر في العارية أنهما إذا اختلفا فقال الراكب «أعرتنيها»][3] وقال ربُّ الدابة «بل أكريتُكها» أن القولَ قولُ الراكب.

واختلف أصحابُنا في ذلك، فمِنهم مَن قال: إن المسألتين علىٰ قولين،

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٩).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٩).

(٣) ليس في (ق).

وعليه أكثر أصحابنا؛ أحدهما: أن القولَ قولُ الزارع، والثاني: أن القولَ قولُ رب الأرض والدابة.

وحكىٰ أبو علي الطبري أن مِن أصحابِنا مَن حملهما علىٰ ظاهرهما، وفرَّق بينهما بأن العادة جرتْ بإعارة الدواب، فيقول: الراكب ليس بمخالف للعُرف والعادة في ادعائه العارية، وجرت العادة في الأرض بالإجارة دون الإعارة، فيقول: الزارع مخالفٌ للعادة، فقدِّم عليه قولُ رب الأرض، والطريقة الصحيحة هي الأولىٰ.

إذا ثبت هذا، فإذا قلنا إن القولَ قولُ الزارع، فإذا حلف بالله لقد أعارها إياه وما أكراه منه، ثبت أنها عارية، فلا أجرة عليه من حين زرع إلىٰ حين اختلفا وحلف، وله الرجوع عن العارية التي أثبتها الزارع بيمينه، غير أنه لا يمكن قلع الزرع؛ لأنه مأذونٌ له فيه، والزرعُ إذا كان مأذونًا فيه لم يُجبر صاحبه علىٰ قلعه قبل إدراكه، وعليه أجرةُ المثل من ذلك الوقت إلىٰ أن يدرك ويستحصد.

وإذا قلنا إن القولَ قولُ ربِّ الأرض حلف بالله لقد أكراها إياه وما أعارها، فإذا حلف بالله علىٰ ذلك كانت له الأجرة من حين زرع، وللزارع التبقيةُ حتىٰ يدرك ويستحصد، ولا يُجبر علىٰ القلع؛ لأنه ثبت أنه زرع بعقد الإجارة.

فإن امتنع الزارعُ من تسليم الأجرة أُجبر علىٰ ذلك، قال أصحابُنا: ويلزمه أجرةُ المثل دون المسمىٰ؛ لأنا قبلنا يمينه في ذلك، فلو قبلناها في المسمىٰ ربما ادعىٰ مالًا عظيمًا فيؤدي إلىٰ أن يلزمه ذلك بيمينه ابتداءً، وذلك لا يجوز.

إذا ثبت هذا، فقد حصل له تبقيةُ الزرع علىٰ القولين، ولا يُجبر علىٰ القلع إلا أن يمتنع عن الأجرة علىٰ أحدهما، وقد نقل المزني في المسألة أن زرعه

يُقلع؛ لأنه قال: والقولُ قولُ ربِّ الأرض مع يمينه ويقلعُ الزارع زرعه.

فمِن أصحابِنا مَن حمل ذلك علىٰ الإجارة الفاسدة، وتأوله عليها، فقال: يُحمل علىٰ الكراء الفاسد، فيحلف وليُّ الأرض علىٰ أنه أذن له بكراءٍ غير مقدَّر ويكون الكراءُ مقدَّرًا وتكون المدةُ مجهولة، فإذا كان كذلك وحلف لزم الزارع أجرة المثل، ولم يقلع الزرع؛ لأنه حصل بالإذن، إلا أن يمتنع من بذل الأجرة فيؤمر بقلع الزرع حينئذٍ.

قال القاضي رَحِمَهُ اللهُ: قد وقع خطأٌ في نقْل هذه المسألة، وهي مفروضةٌ في الرجل يزرع أرضَ غيره، فيدعي أنه زرعها بإجارة، ويجحدُ ربُّ الأرض ذلك، فيزعم أنه زرعها غصبًا، فعلىٰ هذا يكون القولُ قولَه في ذلك، فإذا حلف أُجبر علىٰ القلع عَقِيب الحلف؛ لأنه زرعٌ غير مأذون له فيه، وقد ثبت بيمينه بذلك، وعليه أجرة المثل من حين زرع إلىٰ ذلك الوقت.

قال: وهذا بيِّن في كلام الشافعي في المزارعة؛ لأنه قال: وإذا زرع الرجلُ أرضَ الرجل فادعىٰ أن ربَّ الأرض أكراه إياها أو أعاره إياها، وجحد ربُّ الأرض، فالقولُ قولُ ربِّ الأرض مع يمينه، ويقلع الزارعُ زرعه، وعلىٰ الزارع كراءُ مثل أرضه إلىٰ يوم قلعه، وسواءٌ كان ذلك في إبان الزرع أو في غير إبانه، إذا كان زارع الأرض المدعىٰ عليه الكراء حبسها عن مالكها، فإنما حكم عليه حكم الغاصب، وهذا صريح.

واختار المزني القولَ الأصح، وهو أن القولَ قولُ ربِّ الأرض في ذلك، واستدل بأن الغسالَ وصاحب الثوب إذا اختلفا فقال: أمرتني بغسله بأجرة، وأنكر صاحبُ الثوب ذلك فإن القولَ فيه قولُ ربِّ الثوب مع يمينه، فكذلك هذا.

قال أصحابُنا: الفرقُ بين المسألتين واضح، وذاك أن الغسالَ أتلف منفعة

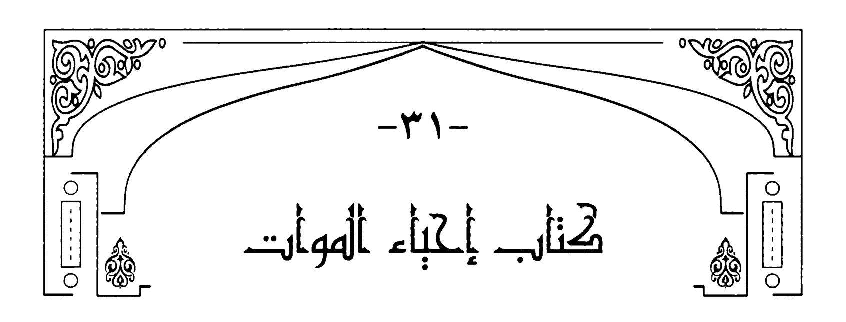
نفسه بيده في غسل الثوب، وادعىٰ في مقابلة ذلك عوضًا من صاحب الثوب، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن الزارع أتلف منفعةَ أرضِ ربِّ الأرض، وأنكر الأجرةَ التي تثبت في مقابلة المنفعة، فلم يقبل فيه قوله، هذا إذا اختلفا في ذلك، فأما إن أعطاه الثوب ليغسله، فهل يستحقُّ الأجرة أم لا، قد ذكرنا هذه المسألة في الإجارات.

• فَصْلٌ •

وإن اختلف الراكبُ وربُّ الدابة، فقال الراكبُ «أعرتنيها» وقال ربُّ الدابة «بل غصبْتَنِيها»، فالمذهبُ الصحيحُ أن القولَ قولُ ربِّ الدابة؛ لأن الراكب يدعي الإذن عليه في الركوب وهو ينكره، والأصل عدم الإذن، وذكر المزني هذه المسألة في العارية، ونقل أن القولَ قولُ المستعير، قال الربيع: هذا قولٌ مرجوعٌ عنه، والقولُ قولُ ربِّ الدابة، وهو الأصح، ومِن أصحابِنا مَن قال هذه المسألة علىٰ طريقين، كما لو اختلفا في الإعارة، فقال «أعرتنيها»، وقال رب الدابة «بل أكريتكها»، والله الموفق للصواب.

آخر كتاب المزارعة، يليه كتاب إحياء الموات





-٣١-

كتاب إحياء الموات

◆ قال المزني رَحِمَهُ اللَّهُ: (مِنْ كِتَابٍ وَضَعَهُ بِخَطِّهِ لَا أَعْلَمُهُ سُمِعَ مِنْهُ)(١).

الأصلُ في إحياء الموات: ما روىٰ هشامُ بن عروة، عن أبيه، عن سعيد بن زيد: أن النبيَّ ﷺ قال: «**مَن أحيَا أرْضًا مَيتَةً فهِي له، وليسَ لِعِرقٍ ظالِمٍ حقٌّ**»(٢)، وربما ذكروا العِرقَ مضافًا إلىٰ الظالم، وليس كذلك، وإنما العرقُ منونُ القاف، والظالم صفة له، وروىٰ قتادة، عن الحسن، عن سمرة: أن النبيَّ ﷺ قال: «**مَن أحَاطَ حائطًا على أرضٍ فهِيَ له**»(٣).

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٩) وهذه العبارة إشارة إلىٰ أن الأصل فيما صنفه الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ أنه قد قرئ عليه وسمع منه، وما كان بخلاف ذلك احتاج إلىٰ تنبيه، وسيأتي مثل ذلك في «كتاب الوصايا» فإن المزني قال هناك: (لا أعلمه سمع منه) وبنحوه قال الربيع بن سليمان، وقد نبه علىٰ هذه الفائدة البيهقيُّ في مناقب الشافعي (١/ ٢٥٤) فذكر الكتب التي لم يسمعها الربيع من الشافعي فقال: (غير أنه لم يسمع منه من الكتب التي صنفها عدة كتب فيقول فيها: قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ منها: كتاب الوصايا الكبير، وكتاب علي وعبد الله رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا وكتاب إحياء الموات، وكتاب الطعام والشراب، وكتاب ذبائح بني إسرائيل، وكتاب غسل الميت).

(٢) أخرجه مالك (٢٧٥٠) وأبو داود (٣٠٧٣) والترمذي (١٣٧٨) عن سعيد بن زيد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٣) أخرجه أحمد (٢٠١٣٠)، وأبو داود (٣٠٧٧)، والنسائي في الكبرىٰ (٥٧٣١).

وروىٰ أصحابُنا أن النبيَّ ﷺ قال: «**مَن سَبَقَ إلى ماءٍ لم يسبِقْه إليه مسلمٌ فهو أحقُّ به**»[١] وقال: «**عادِي الأرْضِ للهِ ولرسُولِهِ، ثم هي لكُم منِّي**»[٢] [وأراد بالعادي ديار عادٍ وغيرِهِم ممن قد سلف وانقرض، وقال ﷺ: «**مَوَتانِ الأرْضِ للهِ ورسُولِهِ، ثُم هي لكُم منِّي**»[٣]][٤] وهو «مَوَتان» بفتح الميم والواو، و«المُوْتان» - بضم الميم وتسكين الواو - الموتُ الذريع الذي يقع في الناس والبهائم، ويقال: «رجل مَوْتان القلب» - بفتح الميم وتسكين الواو - إذا كان لا يفهمُ شيئًا[٥].

إذا ثبت هذا، فإن الشافعي قال: (بلادُ المُسْلِمِين شيئانِ عامِرٌ، ومواتٌ، فالعامِرُ لأهلِهِ، وكلُّ ما صَلَحَ به العامِرُ من طريقٍ وفناءٍ ومَسِيلِ ماءٍ وغيرِهِ)[٦].

وهذا كما قال.. البلادُ علىٰ ضربين؛ بلادُ إسلام وبلادُ شِرْك.

فأما بلادُ الإسلام فعلىٰ ضربين؛ عامرٌ وغامرٌ.

فأما العامرُ، فهو ملكٌ لأهله، لا يجوزُ لأحد الشروعُ فيه إلا بإذن صاحبه، والدليلُ علىٰ ذلك قولُ النبي ﷺ: «**لا يحِلُّ مالُ امرئٍ مُسلِم إلَّا عن طِيبِ نفْسٍ منه**»[٧]، وقولُه ﷺ: «**مَن أخَذَ شِبرًا مِن أرضٍ طُوِّقَه مِن سَبْع أرَضِينَ**»[٨]، أرَضِينَ»[٨]، وروي أن النبيَّ ﷺ كتب لبلال بن الحارث المُزني: «**بِسْم اللهِ الرَّحمنِ الرَّحيمِ، هذا ما أقْطَع رسولُ الله بلالَ بنَ الحارثِ معادنَ القبليةِ جَلْسيَّها**

(١) أخرجه أبو داود (٣٠١٧)، والطبراني (٨١٤)، والبيهقي (٢١٨٣).
(٢) أخرجه الشافعي في المسند (١٤٩٩)، والبيهقي في المعرفة (١٢١٨٢).
(٣) أخرجه الشافعي في المسند (١٤٩٩)، والبيهقي في المعرفة (١٢١٨٢).
(٤) ليس في (ق).
(٥) ينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (٢/ ٥٨٣).
(٦) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٢٩).
(٧) أخرجه الدارقطني (٢٨٨٦)، والبيهقي (١١٥٤٥).
(٨) أخرجه البخاري (٢٤٥٢)، ومسلم (١٦١٠).

وغَوْرِيَّها، وحيث يصلُحُ الزرعُ ولم يقطعْهُ حقُّ مسلِمٍ»(١)، و(جلسيها) ما كان إلىٰ ناحية نجد، و(غوريها) ما كان إلىٰ ناحية الغور(٢).

إذا ثبت هذا، فإن مرافقها التي لا بد لها منها مثل الطريق ومسيل الماء في معنىٰ العامر من حيث إن صاحب العامر أحق به، ولا يجوز لأحد أن يتصرف فيه إلا بإذنه.

وكذلك إذا حفر بئرًا في مواتٍ ملكها، وكان أحقَّ بها، وبحريمها الذي هو من مرافقها علىٰ حسب الحاجة، فإن كانت البئر يُستقىٰ منها الماء بالسانية فقدْرُ ما تمتد إليه السانية، وهو مقدار عُمق البئر، وإن كان بالدولاب فقدْرُ ما يدير الدولاب، وإن كان يُستقىٰ منها بدلو اليد فمقدارُ ما يقف فيه المستقي.

والأصلُ في ذلك قوله ﷺ: **«حريمُ البئرِ أربعُون ذِراعًا»**(٣) وليس ذلك بتقدير، وإنما هو علىٰ حسب الحاجة، وإن أراد أحدٌ أن يحفر بئرًا بجنب تلك البئر ليرق منها ماءها لم يكن له ذلك.

وأما الغامِرُ فعلى ضربين؛ غامرٌ لم يجْرِ عليه مِلْكٌ لمسلم، وغامرٌ جرىٰ عليه مِلْكٌ لمسلم.

فأما الذي لم يجْرِ عليه مِلْكٌ لمسلم، فهو المواتُ الذي قُصد به هذا الكتاب، وسنبين حكمَه علىٰ التفصيل فيما بعد إن شاء الله.

وأما الذي جرىٰ عليه مِلكُ مسلم، مثل قرىٰ المسلمين التي خربت وتعطلت، فإنه يُنظر، فإن كان صاحبه معينًا فهو أحق به، وهو في معنىٰ

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٦١)، والبيهقي (١١٨٤١)، وفي المعرفة (٨٣٥٤).

(٢) قوله: (جلسيها وغوريها) أي ما ارتفع منها وما انخفض، والجليس: الغليظ من الأرض، ومنه جمل جلس وناقة جلس، أي: وثيقة، والجلس ساكن اللام نجد، وهو ما ولي نجدًا، والغوري: ما ولي تهامة، يقال لنجد: جلس، ولتهامة: الغور.

(٣) أخرجه أحمد (١٠٤١١)، وابن أبي شيبة (٢١٧٦٩)، وأبو عبيد في الأموال (٧١٨).

العامر، وإن لم يكن معينًا فمِن أصحابِنا مَن قال لا يُملك بالإحياء، وهو الصحيح، ومنهُم مَن قال يُملك بالإحياء، وهو مذهبُ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

واحتج من نصره بما روي عن النبيِّ ﷺ قال: «**مَن أحيَا أرضًا ميتةً فهِي له**»[١]، وهذا قد أحياها، فوجب أن تكون له، ولأن هذا أحقُّ باسم الميت؛ لأنه كان حيا بالعمارة وقد مات بالخراب؛ ولأن هذه أرضٌ مواتٌ ليس لها مالكٌ معينٌ فوجب أن تُملك بالإحياء؛ قياسًا علىٰ الأرض التي لم يجر عليها لمسلم مِلْكٌ.

ودليلُنا ما روىٰ كثيرُ بنُ عبد الله المزني، عن أبيه، عن جده: أن النبيَّ ﷺ قال: «**مَن أحيَا أرضًا ميتةً في غيرِ حقِّ مُسلم فهو أحقُّ بها**»[٢] فدل علىٰ أنه إذا أحياها في حقِّ مسلم لا يكون أحقَّ بها، ولأنها أرضٌ جرىٰ عليها مِلْكُ مسلم، فلم تُملك بالإحياء قياسًا علىٰ الأرض إذا كان صاحبها معينًا، ولأن مالك تلك الأرض لا يخلو من أن يكون قد أعقب أو لم يعقب.

فإن كان قد أعقب فقد ورثه عقبُه، وإن لم يكن أعقب فقد ورثه المسلمون كمالِ بيتِ المال، فإذا كان كذلك ثبت أنها أرضٌ مملوكة، فلا تُملك بالإحياء.

فأما الجوابُ عن الخبر، فهو أنه حجةٌ عليهم؛ لأن الأول قد أحياه وملكه فلا يصح تملكُ غيره له بعد ذلك؛ لأن الأول أسبقُ من الثاني.

وقولُهُم إن هذا أحقُّ باسم الميتة، فليس كذلك، بل الذي لم يُعمر بحال أحق به؛ لأنه ميت في جميع الأحوال.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على ما لم يجر عليه مِلْكُ مسلم، فهو أنه إذا

---

(١) سبق تخريجه (ص ٢٤٨).

(٢) أخرجه البيهقي (١١٧٧٧) وفي المعرفة (١٢١٨٠).

جرىٰ مِلْكُ مسلم كان بمنزلة ما تعين صاحبُه فلم يجز تملُّكه، وما لم يجر عليه مِلْكُ مسلم بخلاف ذلك، فبان الفرقُ بينهما.

• فَصْلٌ •

قد مضى الكلامُ في حُكم بلاد الإسلام، فأما بلادُ الشرك فعلى ضربين؛ عامر وغامر:

فأما العامِرُ، فهو ملكٌ لأهله، وكذلك كلُّ ما كان به صلاحُ العامر من الغامر، فإن صاحبِ العامِرِ أحقُّ به من غيره كما قلنا في بلاد المسلمين، ولا فرق بينهما أكثرُ من أن العامر في بلاد المسلمين لا يُملك بالقهر والغلبة، والعامرُ في بلاد المشركين يُملك بالقهر والغلبة.

وأما الغامِرُ، فعلى ضربين: ضربٌ لم يجر عليه ملكُ أحد، وضربٌ جرىٰ عليه ملكه، فأما الذي لم يجر عليه ملكُ أحد؛ فكل من أحياه من مسلم ومشرك ملكه بذلك، وأما الذي جرىٰ عليه ملكُه، فإنه يُنْظر، فإن كان صاحبه معينًا، فكُلُّ موضع قلنا في مثله مِن بلد الإسلام إنه يملك بالإحياء فهاهنا أحقُّ أن يُملك به، وكلُّ موضع قلنا هناك إنه لا يملك بالإحياء ففيه هاهنا وجهان:

أحدهما: أنه يُملك لقوله ﷺ: «**عادِي الأرضِ للهِ ورسولِهِ ثم هي لكُم منِّي**»[١].

والوجه الثاني: لا يُملك؛ لأنه قد جرىٰ عليه مِلكٌ، فهو كما لو كان معينًا، ولأنه يجوز أن تكون تلك الأرض لكافرٍ لم تبلغه الدعوة، وورثه المسلم، فتكون ملكًا لمسلم، والله أعلم.

---

(١) أخرجه الشافعي في المسند (١٤٩٩)، والبيهقي في المعرفة (١٢١٨٢).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (وَعَطِيَّتُهُ ﷺ عَامَّةٌ لِمَنْ أَحْيَا الْمَوَاتَ أَثْبَتُ مِنْ عَطِيَّةِ مَنْ بَعْدَهُ مِنْ سُلْطَانٍ وَغَيْرِهِ)[١].

وهذا كما قال.. تملك الأرض الموات بالإحياء أذِن الإمامُ في ذلك أو لم يأذن.

وقال أبو حنيفة: لا تملك إلا بإذن الإمام، وهو مذهب مالك.. **واحتج من نصره** بقوله ﷺ: «**ليس لِلْمرءِ إلا ما طابتْ به نفسُ إمامِهِ**»[٢]، **قالوا**: وإنما تطيبُ نفس إمامه بذلك إذا أذن فيه، ولأنه أحيا الموات بغير إذن الإمام فلم يملكه، كالذِّمِّي إذا أحياه.. **قالوا**: ولأن للإمام مدخلًا في ذلك؛ لأنه إذا تحجَّر أرضًا ولم يحيها ولم يخلِّها لغيره حتىٰ يحييها منعه الإمامُ من ذلك، وقال له: إما أن تحييها أو تخلِّيها لغيرك يحييها، إذا كان كذلك لم تُملك إلا بإذنه كمال بيت المال.. **قالوا**: ولأنه لو أُطلق ذلك للرعية من غير إذن الإمام أدىٰ ذلك إلىٰ الأذية؛ لأنه لا يشاءُ أحدٌ أن يملك المواتَ الذي حول العامر إلا أحياه وملكه، فيضرُّ بصاحب العامر، ويضيقُ عليه مرافق ملكه.

ودليلُنا قولُه ﷺ: «**مَن أحْيا أرْضًا ميتةً فهِي له**»[٣]، وقولُه ﷺ: «**مَن أحَاطَ حائِطًا على أرْضٍ فهِي له**»[٤]، وقولُه ﷺ: «**مَن سَبَقَ إلى ما لم يسبِقْه إليه مُسلمٌ فهُو أحقُّ به**»[٥] وكلُّ هذه الأخبار تدلُّ علىٰ ما ذكرنا؛ لأنه أطلق ولم

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٠).

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير (٣٥٣٣)، وفي الأوسط (٦٧٣٩) والبيهقي في المعرفة (١٢١٧٥) وهو حديث ضعيف.

(٣) سبق تخريجه (ص ٢٤٨).

(٤) سبق تخريجه (ص ٢٤٨).

(٥) أخرجه أبو داود (٣٠٧١)، والطبراني في الكبير (٨١٤)، والبيهقي (٢١٨٣).

يعتبر فيه الإذن.

فإن قالوا: لا نسلِّم أن ذلك يسمىٰ إحياءً. **قلنا:** ليس الاعتبارُ بقولكم في ذلك، وإنما الاعتبار بما يسمىٰ إحياءً في اللغة، وما ذكرناه إحياءٌ في اللغة، وكلُّ كلام ورد من صاحب الشرع فإنه يجب حملُه علىٰ ما تقتضيه حقيقة اللغة.

فإن قالوا: وإن كان ذلك القدر يسمىٰ إحياء في اللغة غير أن الشرع قد نقله عنه إلىٰ إحياء بشرائط، منها: إذن الإمام. **قلنا:** اللفظُ الواردُ من جهة صاحب الشرع يُحمل علىٰ مقتضاه في اللغة حتىٰ يقوم الدليلُ بنقله عن ذلك إلىٰ مقتضىٰ الشرع، ولم يقم هاهنا دليلٌ يدل علىٰ النقل، فوجب حملُه علىٰ مقتضاه في اللغة.

فإن قالوا: هذا اللفظُ يقتضي إذنه لأهل عصره في الإحياء دون من بعدهم؟

فالجوابُ: أن كلَّ لفظ ورد من النبي ﷺ علىٰ هذا الإطلاق فإنه لا يختص بأهل عصره، وذلك مثلُ قوله ﷺ: «**مَن قَتَلَ قتيلًا فله سَلَبُه**»[١]، وقوله ﷺ: «**مَن باع نخلًا قبل أن تُؤبَّرَ فثمرتُها للبائِع**»[٢]، و«**مَن بدَّل دينَه فاقتُلُوه**»[٣] وما أشبه ذلك، وكلُّه محمولٌ علىٰ جميع الأعصار، فكذلك هاهنا.

والذي يؤكد هذا أنه أطلق الإذن في ذلك، ولو كان إذنًا لأهل عصره لعيَّن المأذونَ له فيه وعيَّن البقعةَ له؛ لأن عند أبي حنيفة أن الإمام إنما يأذن في معين، فأما أن يطلق لأهل عصره في جميع الموات فلا.

---

(١) أخرجه البخاري (٣١٤٢)، ومسلم (٤٥٨٧).

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٧٩).

(٣) أخرجه البخاري (٣٠١٧).

ويدلُّ عليه من جهة المعنىٰ أنه حاز ما لم تحزه يدٌ، فلعدم الإذن لا يرد، الدليلُ عليه الحشيشُ والصيدُ، ولأنها عينٌ لم يجر عليها ملكُ أحدٍ فلم يفتقر تملكها إلىٰ إذن الإمام، الدليلُ عليه ما ذكرنا، ولأن الإحياء جهةُ تملك، فلم يفتقر إلىٰ إذن الإمام كالبيع والهبة والنكاح.

فأما الجوابُ عن الخبر الذي ذكروه، فهو أن نقول: قد أذن في ذلك إمامُ الأئمة وهو النبي ﷺ، وقد طابت نفسُه.

فإن قيل: لا يسمىٰ النبي ﷺ إمامًا، **قيل**: هو إمامُ الأئمة من طريق الاشتقاق والعُرف؛ لأن الإمام هو الذي يؤتم ويُقتدىٰ به، والنبيُّ ﷺ هو إمام المتقين، وكلُّ نبي إمامٌ وليس كلُّ إمام نبيًّا.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على الذِّمِّي، فهو أن نقول: المعنىٰ في الذِّمِّي أنه كافرٌ فلهذا لم يملك المواتَ في دار الإسلام بالإحياء، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنه مسلم، فلهذا ملك الموات في دار الإسلام بالإحياء، يؤكد هذا أن المستأمن إذا أحيا أرضًا في بلد الإسلام لم يملكها لكفره.

وأما الجوابُ عن قولِهِم أن للإمام مدخلًا في ذلك، فهو أن له مدخلًا فيه إذا أدىٰ إلىٰ الضرر، كما إذا سبق إلىٰ مشرعةِ الماء، فوقف، ولم يدع أحدًا يستقي منها، أو حمىٰ مرعىٰ لنفسه، فإن الإمام يمنعُه من ذلك، وقد أجمعنا علىٰ أن الماء والحشيش يُملك من غير إذن الإمام، ومع ذلك فإذا تحجَّره ولم يحيه ولم يمكِّنْ غيره من إحيائه فقد عوَّق ذلك الموضع، فعاد ضررًا علىٰ غيره، فلهذا كان للإمام أن يمنعه، فأما إذا تحجَّر أرضًا وأحياها فإنه يملكها بغير إذن الإمام كما يأخذ الحشيش والماء فيملكه.

وأما مالُ بيت المال فإنه مملوكٌ وليس بمباح، وإذا أذن الإمامُ في قبض شيء منه لم يكن ذلك تمليكًا ولا إذنًا في التمليك، وليس كذلك المواتُ،

فإنه مباحٌ وليس بمملوك لأحد، وكلُّ ما كان مباحًا لم يفتقر تملُّكه إلىٰ إذن الإمام.

وأما الجوابُ عن قولِهِم لو أطلق لأدى إلى الأذية، فهو أنه إنما أطلق ذلك حيث لا يؤدي إلىٰ الأذية، [فأما إذا أدىٰ إلىٰ الأذية][١]، والتضييق علىٰ غيره، فإن الإمام يمنعه من ذلك، وهذا كما قلنا في الحشيش أن له أن يحتشَّ من غير أن يؤذي أحدًا، فأما إذا احتش حيث يتأذىٰ به غيرُه مثل أن يدخل مِلْكَ غيره ليحتشَّ [فلا يجوز][٢]، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

والذِّمِّي لا يملك أرضًا مواتًا في دارِ الإسْلام بالإحياء، ولا يجوزُ للإمام أن يأذن له، وإن أذن له فيه فأحياه لم يملِكْه، وقال أبو حنيفة: إذا أذن له الإمامُ في ذلك ملكه بالإحياء.

واحتج من نصره[٣] بما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**مَن أحيَا أرضًا فهي له**»[٤]، وقوله ﷺ: «**مَن أحَاط حائطًا على أرضٍ فهي له**»[٥] وهذا عام.

قالوا: ولأنه ملكٌ يستوي فيه الغني والفقير، فجاز أن يستويَ فيه المسلمُ والذِّمِّي، أصله: الاحتشاش، ولأنها عينٌ[٦] مباحة، فجاز أن يتملكها الذِّمِّي في دار الإسلام كالحشيش والصيد.

قالوا: ولأن الذِّمِّي محقونُ الدم علىٰ التأبيد، فجاز أن يتملك المواتَ في

---

(١) زيادة ضرورية.

(٢) زيادة ضرورية .

(٣) في (ص): «نصرهما».

(٤) سبق تخريجه (ص ٢٤٨).

(٥) سبق تخريجه (ص ٢٤٨).

(٦) في (ص): «غير»، وهو تحريف.

دار الإسلام كالمسلم.

قالوا: ولأن هذه مسألةٌ مختلفٌ فيها، فإذا أذن الإمامُ في الإحياء، فقد رأىٰ في ذلك قول بعض الفقهاء، فينبغي أن يتملك به.

ودليلُنا قوله ﷺ: «**مَوَتانِ الأرضِ للهِ ولرسولِهِ ثم هي لكم منِّي**»[١]، وقوله ﷺ: «**مَن سَبَقَ إلى ماءٍ لم يسبِقْ إليه مُسلمٌ فهو أحقُّ به**»[٢]، وقوله ﷺ: «**عَادِي الأرْضِ للهِ ولرسُولِه ثم هي لكُمْ منِّي**»[٣].

ووجه الدليل منه: أنه أخرج ذلك مخرج الامتنان علىٰ خطاب المواجهة، فرجع ذلك إلىٰ المسلمين، كما قال ﷺ: «**ما لي فِيما أفاءَ اللهُ عليكُم إلَّا الخُمُسُ، والخمُسُ مردودٌ فيكُم**»[٤] فكان ذلك مصروفًا إلىٰ المسلمين دون الكفار، فكذلك هذا.

ومن جهة المعنىٰ أنه كافرٌ، فوجب أن لا يملك المواتَ في دار الإسلام بالإحياء كالمستأمن.

فإن قالوا: لا نسلِّم أن المستأمنَ لا يملكُ المواتَ في دار الإسلام بالإحياء؛ لأن عندنا إذا أحيا المستأمن أرضًا في دار الإسلام ملكها ذميًّا وضُرب الخَرَاجُ عليه في أرضه، ولم يُترك أن يرجع إلىٰ دار الشرك.

قلنا: فما أنكرتم ما قسنا عليه إذًا؛ لأنا قسنا علىٰ المستأمن، وما دام مستأمنًا فإنه لا يملك الأرضَ في دار الإسلام بالإحياء، وإنما يصير ذميًا ثم يملكها، وهو ذمي، وهذا كما يقال إن الحي لا يورث، وليس لأحد أن يقول بل يورث لأنه يموت فيورث؛ لأنه يقال ما دام حيًّا فإنه لا يورث، وإنما

---

(١) أخرجه الشافعي في المسند (١٤٩٩)، والبيهقي في المعرفة (١٢١٨٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٠٧١)، والطبراني في الكبير (٨١٤)، والبيهقي (٢١٨٣).

(٣) أخرجه الشافعي في المسند (١٤٩٩)، والبيهقي في المعرفة (١٢١٨٢).

(٤) أخرجه أبو داود (٢٧٥٥)، والطبراني في مسند الشاميين (٨٠٥)، والبيهقي (١٢٩٤٣)

يحصلُ الإرثُ إذا خرج عن أن يكون حيًّا، فكذلك المستأمن؛ إنما يملك إذا صار ذميًّا وخرج عن أن يكون مستأمنًا.

فإن قالوا: إنما قلنا أنه لا يملكها وهو مستأمن؛ لأن الأرض في دار الإسلام لا تنفكُّ من أحد أمرين: العُشر أو الخراج، والعُشر لا يجب علىٰ الكافر في زرعه فلما تعذر وجوبُ العُشر وجب الخراج، والخراجُ إنما يجب علىٰ الذِّمِّي دون المستأمن.

فالجوابُ: أنا لا نسلِّم ذلك؛ لأن عندنا ينفكُّ عنهما معًا؛ لأن الخراجَ أجرةٌ عندنا، ويجوز أن تنفك الأرضُ عن الأجرة، وهذا كما قال أبو حنيفة في الدار يملكها الذِّمِّي وفيها نخله، فإنه لا يجب عليه العُشر في ثمرتِها ولا الخراج.

وجوابٌ آخر، وهو أن الأرضَ وإن كانت لا تنفكُّ عن أحدهما، فلا حاجة بنا إلىٰ أن نجعله ذميًّا؛ لأنه يجوز ألا يكون ذميًّا ويؤخذ الخراجُ من أرضه، كما نقول في المسلم إذا كان له زرعٌ وأراد أن يدخل إلىٰ دار الحرب فإنه لا يُمنع من ذلك، ولكن يدخل دار الحرب ويؤخذ العُشر من زرعه.

ويدلُّ عليه أيضًا أن كلَّ مَن لا يملك المواتَ بالإحياء بغير إذن الإمام لم يملكه بإذنه، كالصبي والمجنون.

فإن قيل: المعنىٰ فيهما أنه لا يصحُّ الإذن لهما، وليس كذلك في مسألتنا، لأن الإذن يصح للذمي.

فالجوابُ: أنه لا فرق بينهما؛ لأن الكافر لا يصحُّ له الإذن في الإحياء في دار الإسلام، فهو كالمجنون والصبي.

فأما الجوابُ عن الخبر، فهو أنه مطلقٌ، والذي ذكرناه مقيدٌ، والمطلق يبنىٰ علىٰ المقيد، فخبرنا أولىٰ.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على الاحتشاش، فهو أنه يبطل بالنكاح؛ لأنه لا يستوي فيه المسلمُ والذِّمِّي، ويبطلُ بالاغتنام؛ لأن الذِّمِّي إذا حضر رُضِخَ له والمسلم يُسْهم له إذا حضر.

ثم المعنىٰ في الأصل أنه يملك به المستأمنُ فملك به الذِّمِّي، والإحياءُ لا يملك به المستأمنُ فلم يملك به الذِّمِّي، أو المعنىٰ في الاحتشاش أنه يخلف إذا قُطع، وليس كذلك الموات، فإنه إذا ملك بالإحياء لم يخلف، فلهذا فرقنا بينهما.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على الحشيش بعلة أنها عينٌ[1] مباحةٌ، فهو أنه يبطل بالغنيمة؛ لأنها عين[2] مباحةٌ ولا يتملكها الذِّمِّي، ثم المعنىٰ في الأصل ما ذكرناه.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على المسلم بعلة أنه حُرٌّ محقونُ الدم على التأبيد، فهو أنَّا لا نسلِّم حقن الدم علىٰ التأبيد؛ لا في الأصل ولا في الفرع؛ لأن كل واحد منهما معرضة للإباحة لما يجوز أن يرتكبه من المعاصي التي تبيح الدم.

ثم المعنىٰ [في الأصول أن المسلم كاملٌ بالإسلام، وهذا ناقصٌ بالكفر، فجرىٰ مجرىٰ المستأمن، أو المعنىٰ][3] فيه: أنه يملكُ الصدقة الواجبة، وليس كذلك الذِّمِّي؛ لأنه لا يملكُ الصدقة الواجبة، فلذلك لم يتملك الموات في دار الإسلام بالإحياء.

وأما الجوابُ عن قولِهِم أنه من أهل دار الإسلام، فهو أنَّا لا نسلِّم ذلك؛ لأنه ليس من أهل دارنا، ولهذا لا نقرُّه إلا بجزية يبذلها، وإن كان من أهلها

---

(١) في (ص): «غير»، وهو تحريف.
(٢) في (ص): «غير»، وهو تحريف.
(٣) ليس في (ق).

أقررناه بغير جزية.

وأما الجوابُ عن قولِهِم أن هذه المسألة مختلفٌ فيها، فهو أنَّا لا ننقضُ علىٰ الإمام ولا علىٰ الحاكم ما يحكمُ به مما هو مجتهدٌ فيه، فأما ما لا يحكمُ به وإنما يعتقده أو يأذن فيه فإنه لا يلزم، ألا ترىٰ أن عندنا إذا زوَّج الحاكمُ فرُفِع ذلك إلىٰ حاكم آخر كان له أن ينقضه، ولو حكم الحاكمُ الأوَّلُ بصحة نكاح ثم رُفع إلىٰ حاكِمٍ آخر لم يكن له أن ينقضه، وكذلك علىٰ قولهم إذا أوقف الحاكمُ وقفًا لم يلزم، وإذا رُفِع إلىٰ حاكِمٍ آخر فحكم به لزم، فدل ذلك علىٰ الفرق بين أن يحكم بالشيء وبين أن يعتقده أو يأذن فيه من غير أن يحكم به.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَسَوَاءٌ كَانَ إِلَى قَرْيَةٍ عَامِرَةٍ، أَوْ نَهْرٍ أَوْ حَيْثُ كَانَ، وَقَدْ أَقْطَعَ النَّبِيُّ ﷺ الدُّورَ فَقَالَ حَيٌّ مِنْ بَنِي عُذْرَةَ يُقَالُ لَهُمْ بَنُو عَبْدِ بْنِ زُهْرَةَ نَكِّبْ عَنَّا ابْنَ أُمِّ عَبْدٍ، فَقَالَ النبيُّ ﷺ فَلِمَ ابْتَعَثَنِي اللهُ إِذَنْ! إِنَّ اللهَ عَزَّ وَجَلَّ لَا يُقَدِّسُ أُمَّةً لَا يُؤْخَذُ لِلضَّعِيفِ فِيهِمْ حَقُّهُ، قال: وَفِي ذَلِكَ دَلَالَةٌ عَلَى أن النبيَّ ﷺ أَقْطَعَ بِالْمَدِينَةِ بَيْنَ ظَهْرَانَيْ عِمَارَةِ الْأَنْصَارِ مِنَ الْمَنَازِلِ وَالنَّخِيلِ، وَأَنَّ ذَلِكَ لِأَهْلِ الْعَامِرِ، وَدَلَالَةٌ عَلَى أَنَّ مَا قَارَبَ يَكُونُ مِنْهُ مَوَاتٌ)[١].

وهذا كما قال.. إذا أحيا أرضًا مواتًا بقرب العامر الذي هو لغيره ملك بالإحياء، وقال مالكٌ: لا يملكه؛ لأن في ذلك ضررًا على أهلِ العامر؛ لأنه يضيق عليهم مرافق عامرهم، وما كان فيه ضررٌ علىٰ غيره كان ممنوعا منه.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٠).

وهذا غلطٌ، ودليلُنا قولُ النبي ﷺ: «**مَن أحيَا أرضًا فهِي لهُ**»(١) وهذا عامٌّ في جميع الموات، وأيضًا ما روي أن النبيَّ ﷺ أقطع الدُّور بالمدينة فقال حي من بني عذرة: نكب عنا ابنُ أم عبد، فقال النبي ﷺ: «**فلِم ابتَعَثني اللهُ إذًا؟! إنَّ اللهَ لا يقدِّسُ أمةً لا يؤخَذُ للضعيفِ منهم حقُّه**»(٢).. **فوجهُ الدليل** منه أن المدينة كان نصفها عامرًا ونصفها خرابًا، فأقطع الأنصارَ ذلك الخراب، وأقطع ابنَ مسعود موضعًا منه بين ظهرانيهم، فقالوا: نَكَّبَ عنا ابنُ أم عبد، يعنون: أبعده، فأبىٰ ذلك، فدل علىٰ ما ذكرناه، ولأنه مواتٌ لم يجر عليه ملك أحدٍ، وهو فاضلٌ عن حاجة أهل العامر، فجاز أن يملك بالإحياء، الدليلُ عليه ما بَعُد عن العامر من الموات.

فأما الجوابُ عما ذكره مالك، فهو أن الكلام في الموات الذي هو منفصلٌ عن مرافق العمران الذي إذا مُلِك بالإحياء لم يضيق علىٰ أهل العامر؛ لأن بهم عنه غنىٰ، فأما ما تتعلقُ به مرافقهم، فليس لأحد أن يملكه بالإحياء.

• فَصْلٌ •

إن قيل: ما معنى الرواية عن النبيِّ ﷺ أقطع الدور؟ فالجوابُ: أن مِن أصحابِنا مَن قال: معناه أنه أقطع خربة كانت دورًا لعادٍ، فسماها باسمها الذي كان، ومنهُم مَن قال: معناه أنه أقطع الخراب الذي أرادوا أن يبنوا فيه دورًا، فسماه بما يئول إليه من العمارة، كما قال تعالىٰ: ﴿أَرَىٰنِيٓ أَعۡصِرُ خَمۡرٗا﴾ يعني ما يصير خمرًا، والله أعلم بالصواب.

---

(١) سبق تخريجه (ص ٢٤٨).

(٢) السنن المأثورة للشافعي (٤٣٤)، البيهقي في المعرفة (١٢٢١٠) وينظر: البدرالمنير (٧/ ٦٦) وخلاصته (٢/ ٤٢٥) وقوىٰ إسناده الحافظ ابن حجر في التلخيص (٣/ ١٠٣٨).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالْمَوَاتُ الَّذِي لِلسُّلْطَانِ أَنْ يُقْطِعَهُ مَنْ يَعْمُرُهُ خَاصَّةً وَأَنْ يَحْمِيَ فيه ما يجوزُ أَنْ يَحْمِيَهُ عَامًّا لِمَنَافِعِ الْمُسْلِمِينَ وَالَّذِي عَرَفْنَا نَصًّا وَدَلَالَةً فِيمَا حَمَى رَسُولُ اللهِ ﷺ أَنَّهُ حَمَى النَّقِيعَ)[(١)] إلى آخر الفصل.

وهذا كما قال.. الأحكامُ التي تتعلق بالمواتِ ثلاثة: الإحياءُ، والحِمىٰ، والإقطاعُ.

فأما الإحياءُ، فقد ذكرنا ما يملك به ومن يتملكه، وأما كيفية الإحياء فله باب يجيء فيه إن شاء الله.

وأما الحِمى، فههنا موضعه، وهو أن يحمي قطعةً من الأرض للمواشي ترعىٰ فيها، وجملتُه أن الناس في ذلك علىٰ ثلاثة أضرب، النبي ﷺ، والأئمة من بعده، وآحاد المسلمين.

فأما النبي ﷺ، فكان له أن يحمي لنفسه ولعامة المسلمين، والدليلُ عليه أن النبيَّ ﷺ قال: «**لا حِمَى إلا للهِ ولِرسولِهِ**»[(٢)]، وروي أنه حَمَىٰ النقيعَ لخيل المجاهدين ترعىٰ فيه[(٣)]، ولأن ما يحميه ﷺ لنفسه فإنه مصلحة له، وما كان مصلحة له فإنه مصلحة للمسلمين، ولأن ما خصه النبي ﷺ لنفسه صرفه في مصالح المسلمين، يدل عليه قوله ﷺ: «**مَا لَي ممَّا أفاء اللهُ عليكُم إلا الخُمُسُ، والخمسُ مردودٌ فيكم**»[(٤)].

وأما آحاد المسلمين، فليس لهم أن يحموا لأنفسهم ولا لعامة

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٠).

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٧٠).

(٣) أخرجه أحمد (٥٦٥٥)، وابن حبان (٤٦٨٣)، والطبراني في الأوسط (٧٩٣٧).

(٤) أخرجه أبو داود (٢٧٥٥)، والطبراني في مسند الشاميين (٨٠٥)، والبيهقي (١٢٩٤٣)

المسلمين، بدليل قوله ﷺ: «**لا حِمَى إلَّا للهِ ولرسولِهِ**»(١)، وكان العزيز من العرب إذا انتجع بلدًا مخصبًا أوفى بكلب على جبل أو نشز، ثم استعوى الكلب، ووقف له من كل ناحية من يسمع منها صوته، فحيث انتهى صوتُه بالعواء حماه من كل ناحية لنفسه، ويرعى مع العامة فيما سواه، ويمنع هذا من غيره، فورد الخبر نهيًا لهم عن هذا، ولأنه لا نظر للرعيّة في مصالح المسلمين.

وأما الأئمةُ؛ فهل لهم أن يحموا أم لا؟ ينظر، فإن أراد أحدٌ منهم أن يحمي لنفسه شيئًا لم يكن له ذلك؛ لأنه فيما يخصه بمنزلة آحاد المسلمين فيه، وليس ذلك لآحادهم، فكذلك الأئمة.

وإن أراد أن يحميه للمسلمين ففيه قولان؛ **أحدهما**: ليس له ذلك، **والثاني**: له ذلك، وهو الصحيح، وهو قولُ أبي حنيفة.

فإذا قلنا: ليس له ذلك فالدليل عليه قول النبي ﷺ: «**لا حِمى إلَّا للهِ ولرسولِهِ**»(٢)، ولأن كلَّ مَن ليس له أن يحمي لنفسه لم يكن له أن يحمي لغيره، أصله: الآحاد من المسلمين، وعكسُه النبيُّ ﷺ، فإنه كان يجوز له أن يحمي لنفسه ولغيره.

وإذا قلنا بالقول الآخر فالدليلُ عليه ما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**ما أطعَمَ اللهُ نبيًّا طُعمةً إلَّا جَعَلَها طُعمةً لمَن بعدَه**»(٣).

وروي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه حمى موضعًا وولّى عليه مولًى له يقال له هُنَي، فقال له: يا هُني، ضُم جناحَكَ للناسِ، واتقِ دعوةَ المظلُوم فإنَّ دعوةَ

(١) أخرجه البخاري (٢٣٧٠).
(٢) أخرجه البخاري (٢٣٧٠).
(٣) أخرجه أبو داود (٢٩٧٣).

المظلُوم مُجابةٌ، وأدخِلْ ربَّ الصُّريمة وربَّ الغُنيمة، وإياك ونَعَمَ ابن عفان وابن عوف، فإنهما إن تهلِكْ ماشيتُهُما يرجعا إلىٰ نخلٍ وزرعٍ، وإن ربَّ الغُنيمة يأتيني بعيالِهِ فيقول: يا أمير المؤمنين، يا أمير المؤمنين، أفتاركُهم لا أبا لك؟! فالكلأ أهون عليَّ من الدينار والدرهم»(١).

ولأن كل ما كان للنبي ﷺ أن يفعله من مصالح المسلمين كان للأئمة بعده، أصله: سائر المصالح.

ولأن في ذلك صلاحًا لعامة المسلمين بأن يكون للخيل المعدة لسبيل الله، وما حصل من سُهْمان أهل الصدقات، وما حصل من النَّعَم التي تؤخذ من الجزية ترعىٰ جميعًا فيه، فأما الخيلُ فقوة لجميع المسلمين، وأما النَّعَمُ التي تفضل عن سُهمان أهل الصدقات فيُعاد بها علىٰ أهلها، وأما نَعَمُ الجزية فقوة لأهل الفيء من المسلمين، ولا يبقىٰ مسلمٌ إلا دخل عليه من هذا خصلة صلاح في دينه ونفسه أو من يلزمه أمره من مستحقي المسلمين، فكان ما حمىٰ من خاصتهم أعظم منفعة لعامتهم وأهل دينهم وقوة علىٰ من خالف من عدوهم.

فأما الجوابُ عن احتجاجِهِم بالخبرِ؛ فمن وجهين:

أحدهما: أن ذلك خاصٌّ في آحاد المسلمين؛ لأن العرب كان العزيزُ منهم إذا انتجع بلدًا أوفىٰ بكلب ليعوي فيحمي المكان الذي يبلغه صوتُه، فنهىٰ رسولُ الله ﷺ عن ذلك.

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ (٢/ ١٠٠٣) والبخاري (٣٠٥٩) وتمامه: «وايم الله إنهم ليرون أني قد ظلمتهم، إنها لبلادهم فقاتلوا عليها في الجاهلية، وأسلموا عليها في الإسلام، والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله، ما حميت عليهم من بلادهم شبْرًا» وأما قول الحافظ ابن حجر رَحِمَهُ ٱللَّهُ بأن هذا الحديث ليس في الموطأ، فقد تعقبه الشيخ عبد الباقي رَحِمَهُ ٱللَّهُ فقال: هذا الحديث في الموطأ كتاب دعوة المظلوم، باب ما يتقىٰ من دعوة المظلوم.

والثاني: أنه روي «**لا حِمى إلا للهِ ورسولِهِ ولأئمةِ المُسلمين**»(١).

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على آحاد المسلمين، فهو أن المعنىٰ فيهم أنه ليس النظر إليهم في مصالح المسلمين، فلهذا لم يكن لهم أن يحموا؛ لأن الحمىٰ من جملة المصالح، وليس كذلك الإمام، فإن له النظر في المصالح، وهذا من جملتها، فكان له أن يحمي.

إذا تقرر هذا، فإن قلنا ليس له ذلك فلا كلام، وإن قلنا له ذلك فالكلام في فصلين؛ في بيان ما يحمي له، وفي قدر ما يحمي.

فأما الذي يحمي له، فإنه يحمي للخيل المعدَّة في سبيل الله ونَعَم الجزية، ونَعَم الصدقة والضوال، وقال مالك: لا يحمي إلا لخيل المجاهدين، **واحتج من نصره** بما روىٰ ابنُ عمر رضي الله عنهما أن النبيَّ ﷺ حَمَىٰ النقيعَ لخيل المجاهدين ترعىٰ فيه(٢)، فدل علىٰ أن ذلك يختص بالخيل.

ودليلُنا أن الحمىٰ إنما جُوِّز لما فيه من المصلحة التي تعودُ علىٰ الخاصة والعامة علىٰ ما بيناه، وفي الحمىٰ لنَعَم الجزية والصدقة والضوال مصلحة، فجاز كما جاز للخيل.

فأما الجوابُ عن الخبر، فهو أنَّا نقول به؛ لأنه يجوز الحمىٰ للخيل، وليس فيه أنه منع من الحمىٰ لغير الخيل.

وأما القَدْرُ الذي يحميه، فهو القدر الذي إذا حماه لم يعد ذلك بضرر علىٰ المسلمين، ولا يجوز أن يحمي كثيرًا يعود به عليهم ضرر، مثل أن يضيق مراعيهم، وقد قال الشافعي: «وإنه قليل من كثير مجاوز للقدر»، فيقرأ

---

(١) أخرجه البخاري (٢٣٧٠) وليس فيه: «ولأئمة المسلمين» وهذه الزيادة لم أرها في طرق الحديث البتة، ولعل صاحب البيان (٧/ ٤٩٩) نقلها عن المصنف جريًا علىٰ عادة الفقهاء.

(٢) أخرجه أحمد (٥٦٥٥)، وابن حبان (٤٦٨٣)، والطبراني في الأوسط (٧٩٣٧).

مجاوزٌ بالرفع ومجاوزٍ بالخفض، فالرفعُ يرجع إلىٰ القليل، ويكون نعتًا له، ومعناه: أنه حمىٰ قليلًا مجاوزًا للحد في القلة، والخفضُ يرجع إلىٰ الكثير ويكون نعتًا له، ومعناه: أن الكثير الذي جاوز القدر هو الفاضل عن الحمىٰ.

فأما ما حماه رسول الله ﷺ فهل يجوز لغيره بعده نقضُه أم لا؟ يُنظر، فإن كان سببُ الذي حماه له باقيًا لم يجز نقضُه، وإن كان قد زال ففيه وجهان؛ **أحدهما**: يجوز نقضه؛ لأن المعنىٰ الذي حمىٰ لأجله قد زال، **والثاني**: لا يجوز، وهو الصحيح؛ لأن ما حماه رسولُ الله ﷺ فهو مقطوعٌ بأنه مصلحة للمسلمين لم يجز نقضه.

وأما ما حماه الإمامُ فإنه يُنظر، فإن غيَّر ذلك هو أو غيره من الأئمة أو أحياه رجلٌ من الرعية بإذن الإمام صحَّ ذلك وملك بالإحياء، فأما إذا أحياه رجلٌ من الرعية بغير إذن الإمام فهل يملك بذلك الإحياء أم لا؟ فيه قولان، وقيل وجهان:

أحدهما: لا يملك لأن الإمام عارفٌ بمصالح المسلمين، وما حماه فإنما حماه لما فيه من مصلحة المسلمين، فإذا أحياه رجلٌ من الرعية بغير إذنه لم يملكه بذلك، كما نقول فيما حماه رسول الله ﷺ.

والقول الثاني: يملك بذلك؛ لأن التملُّك بالإحياء نصَّ عليه بقوله ﷺ: «**مَن أحيَا أرضًا ميتةً فهي له**»[1] والحِمىٰ إنما هو من طريق الاجتهاد في حق الأئمة، والمنصوصُ عليه أولىٰ من المجتهَدِ فيه، والله أعلم بالصواب.

(١) سبق تخريجه (ص ٢٤٨).

باب ما يكون من إحياء الأرضين

◆ قال الشافِعِيُّ ﵁: (وَالْإِحْيَاءُ مَا عَرَفَهُ النَّاسُ إِحْيَاءً لِمِثْلِ الْمُحْيَا أو كَانَ مَسْكَنًا فَبِأَنْ يُبْنَى[١] مِمَّا يَكُونُ مِثْلُهُ بِنَاءً، وَإِنْ كَانَ لِدَوَابٍّ فَبِأَنْ يَحْظُرَهُ بِبِنَاءٍ وَأَقَلُّ عِمَارَةِ الزَّرْعِ الَّتِي تُمْلَكُ بِهَا الْأَرْضُ أَنْ يَجْمَعَ تُرَابًا يُحِيطُ بِهَا تَتَبَيَّنُ بِهِ مِنْ غَيْرِهَا، وَيَجْمَعُ حَرْثَهَا وَزَرْعَهَا، وَإِنْ كَانَ لَهُ مَاءٌ أَوْ بِئْرٌ حفرَهَا أَوْ سَاقَهُ مِنْ نَهْرٍ إِلَيْهَا فَقَدْ أَحْيَاهَا)[٢].

وهذا كما قال.. نصَّ رسولُ الله ﷺ علىٰ أن الأرضَ المواتَ تُملك بالإحياء في قوله ﷺ: «**مَن أحيَا أرضًا ميتةً فهي له**»[٣] ولم يرد الشرعُ ببيان ما يكون إحياءً دون ما لا يكون، ولم يوجد ذلك في اللغة، فوجب الرجوعُ إلىٰ العُرْف فيه والعادة، فما عده الناس [في العادة][٤] إحياءً كان إحياء، وبه يُملك الموات، وهذا كما قال ﷺ: «**المُتبايعانِ بِالخيارِ ما لم يتفرَّقا**»[٥]، ويروىٰ عنه ﷺ أنه نهىٰ عن بيع ما لم يقبض[٦]، وسئل عن القطع في الثمار فقال: [«**إذا أَوَاه الجَرِينُ**][٧] **وبلغَتْ قِيمتُه قيمةَ المجنِّ ففيه القَطْعُ**»[٨].

---

(١) في (ص)، (ف): «بيتًا».

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣١).

(٣) سبق تخريجه (ص ٢٤٨).

(٤) ليس في (ق).

(٥) أخرجه أحمد (٣٩٣)، وأبو داود (٣٤٥٦)، والنسائي (٤٤٦٧)، من حديث ابن عمر ﵄

(٦) أخرجه الطبراني في الأوسط (١٥٥٤)، والبيهقي (١٠٦٨٠) من حديث ابن عباس ﵄.

(٧) بياض في (ص).

(٨) أخرجه البيهقي (١٧٢٠٤) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ﵁.

ولم يرد الشرع ببيان التفرق في البيع والقبض فيه، والحرز في قطع السارق، ولا وُجد ذلك مبينًا في اللغة، فوجب الرجوعُ فيه إلىٰ عُرف الناس وعاداتهم، وكذلك الإحياء.

إذا ثبت هذا، فإن إحياء الدار أن يحوط عليها حائطًا، ويسقف عليه، فإذا حوَّطها وسقفها فقد أحياها وملكها ملكًا مستقرًّا، وإحياء الحظيرة أن يحوطها بحائط من آجُرٍّ أو جصٍّ أو طينٍ أو خشبٍ علىٰ ما جرت به العادة في بناء مثلها، وليس من شرط الحظيرة تسقيفها.

وأما تعليق الأبواب في الدور والحظيرة ونصبها فقد اختلف أصحابنا فيه، فمنهُم مَن قال هو شرطٌ في الإحياء؛ لأنه من تمام البناء، ومنهُم مَن قال ليس بشرط فيه؛ لأن الأبوابَ تُنصب لحفظ ما في الدار والحظيرة.

وأما الإحياءُ للزرع، فهو أن يجمع حول الأرض ترابًا ويُسمَّىٰ المدر، وأن يرتب لها الماء إما بساقية يحفرُها فيسوق الماء فيها إلىٰ الأرض، أو بقناة يحفرها أو بئر أو عين يستنبطها، ولا خلاف بين أصحابنا أن ما ذكرناه شرطٌ في الإحياء.

وأما الزرعُ فقد قال الشافعي: (ويجمع حرثها وزرعها) واختلف أصحابنا في ذلك:

فمنهُم مَن قال: ليس بشرط في الإحياء، ألا ترىٰ أنه إذا أحياها ليبنيها دارًا ملكها إذا حوَّطها وسَقَفها ولم يكن من شرط الإحياء أن يسكنها لأن السكنىٰ انتفاعٌ بها، فكذلك هاهنا، وإنما ذكره الشافعي علىٰ أنه من كمال الإحياء لا علىٰ أنه[1] شرط فيه.

ومِن أصحابِنا مَن قال: هو شرط في الإحياء؛ لأن الأرض لا تُملك

(١) زيادة ضرورية.

بالإحياء حتىٰ يودِعَ فيها عينَ ماله - وهو البذر - كما لا تُملك الأرض للغراس والسكنىٰ إلا بإحداث الغراس فيها والبناء والتسقيف[(١)]

• فَصْلٌ •

قال في «الأم»[(٢)]: **«وعمارةُ الأرض للغراس أن يغرس الأرض»**، وهذا كما قال.. إذا أحياها للغراس فإنما يملكها إذا ثبت الغراسُ فيها، ورتَّب الماء لها، فإذا فعل ذلك فهو الإحياء الذي يملكها به، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال: (وَلَهُ مَرَافِقُهَا الَّتِي لَا يَكُونُ صَلَاحُهَا إِلَّا بِهَا)[(٣)].

وهذا كما قال.. إذا أحيا أرضًا وملكها بالإحياء، فإنه يملك مرافقها التي لا صلاح للأرض إلا بها، وقد بينا ذلك فيما مضىٰ.

قال أصحابنا: وإذا حفر بئرًا أو شقَّ نهرًا أو ساقية، فإنه يملك حريمها بمقدار ما لا بد منه في استيفاء الماء وطرح الطين إذا نضب الماء وكُريت الساقية والنهر، وليس في ذلك حدٌّ محدود، وإنما هو علىٰ حسب ما تدعو الحاجة إليه قلَّ أو كثُر، والذي روي أن النبيَّ ﷺ قال: «**حريمُ البئرِ أربعون ذِراعًا**»[(٤)]، وإنما أراد به إذا كانت الحاجة لا تدعو إلىٰ أكثر من ذلك، وليس هو علىٰ وجه التحديد.

وقال أبو حنيفة: حريمُ البئر أربعون ذراعًا، وحريمُ العين خمسمائة

---

(١) في (ص): «والسقف».

(٢) الأم (٤/ ١٦).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣١).

(٤) أخرجه أحمد (١٠٤١١)، وابن أبي شيبة (٢١٧٦٩)، وأبو عبيد في الأموال (٧١٨).

ذراع، وذلك لا يتقدر عندنا، وإنما هو علىٰ حسب الحاجة إليه، فإذا حفر بئرًا في موات وملكها وأراد غيرُه أن يحفر بجنبها بئرًا ليُرق الماء إليها لم يكن له ذلك، ويُمنع منه، وهكذا إذا استنبط عينًا في مواتٍ ثم أراد آخر أن يستنبط عينًا بجنبها ليأخذ الماء من عين الأول لم يكن له ذلك.

فأما إذا حفر الرجلُ في داره بئرًا وأراد جارُه أن يحفر لنفسه بئرًا بقرب تلك البئر لم يُمنع منه، وإن كان ينقص به ماء البئر الأولىٰ؛ لأن الناس مسلَّطون علىٰ أملاكهم.

والفرقُ بين هذه المسألة والمسألة التي قبلها أن في هذه المسألة يحفر كلُّ واحدٍ منهما في ملكه، وينتفعُ بأرضه ولا يحفرُ لكي يملك شيئًا، وليس كذلك في تلك المسألة؛ لأن الملك إنما يحصل بالإحياء والحفر، فإذا سبق أحدهما فحفر وأحيا مَلَكَ البئرَ ومَلَكَ حريمَها، فصار أحقَّ به من غيره، فإذا أراد آخر أن يحفر بجنب بئره بئرًا فإنه يريد أن يستحدث لنفسه ملكًا في مرافق ملك غيره؛ فمنع.

وكذلك إذا أحيا أرضًا ليغرس فيها بجنب أرضٍ فيها غراسٌ لغيره بحيث تلفف[1] أغصان الغراسين، وبحيث تلتقي عروقُهما، كان للأول منعه.

قال أصحابنا: وإن حفر رجلٌ بئرًا في داره فأراد جارُه أن يحفر بالوعة بقرب تلك البئر لم يمنع منه، وإن أدىٰ إلىٰ تغيير ماء البئر؛ لأنه يتصرف في ملكه، ألا ترىٰ أن رجلًا لو فتح في سوق العطارين خبازًا فكان يدخنُ دكاكينَهم لم يكنْ لهم منعُه؛ لأنه يتصرف في ملكه، فكذلك هاهنا.

---

(١) في (ص): «تتلف» وهو تحريف.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال: (وَمَنْ أَقْطَعَ أَرْضًا أَوْ تَحَجَّرَهَا فَلَمْ يَعْمُرْهَا رَأَيْتُ لِلسُّلْطَانِ أَنْ يَقُولَ لَهُ إِنْ أَحْيَيْتها، وَإِلَّا خَلَّيْنَا بَيْنَهَا وَبَيْنَ مَنْ يُحْيِيهَا)[١].

وهذا كما قال.. إذا أقطع السلطانُ رجلًا من الرعية قطعةً من أرض المواتِ صار أحقَّ بها من غيره، وكذلك إذا تحجَّر أرضًا من الموات، والتحجُّر أن يؤثر فيها أثرًا لم يبلغ حدَّ الإحياء، مثل أن ينصب فيها المرور أو يحوط عليها حائطًا وما أشبه ذلك من الإحياء، فإنه يكون أحقَّ بها من غيره، وإقطاع السلطان إياه بمنزلة التحجير.

إذا ثبت هذا، فإن أخَّر الإحياء قال له السلطان: إما أن تحييها أو تخلي بينها وبين غيرك حتىٰ يحييها، فإن ذكر عذرًا في التأخير بأن يزعم أن الآلة قد عابت فيريد أن يصلحها، أو يزعم أن عبيده قد مرضوا، أو أبقوا، أو ما أشبه ذلك، واستأجل السلطانَ أجَّله في ذلك، وإن لم يكن له عذرٌ في ذلك وخيَّره السلطانُ بين الأمرين فلم يفعل أخرجها من يده.

فإن بادر غيره قبل أن يخرجها السلطان من يده، فأحياها، فإن أبا إسحاق المروزي قال: أساء في ذلك وملكها؛ لقوله ﷺ: «**مَن أحيَا أرضًا ميتةً فهي له**»[٢]، ولأن الأول أثَّر فيها أثرًا لم يملكها به، والثاني أثَّر فيها أثرًا يملك الأرض به، فكان أولىٰ من الأول، ولأنه إذا تحجَّرها فما ملكها وإنما صار أحقَّ بها من غيره، وذلك لا يمنع الملك كما أن حق الشفعة لا يمنع من وقوع الشراء.

ومِن أصحابِنا مَن قال: لا يملكها الثاني؛ لأنَّا أجمعنا علىٰ أنه ممنوعٌ من

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢١٣).

(٢) سبق تخريجه (ص ٢٤٨).

ذلك الإحياء، وإذا كان ممنوعًا منه وجب أن لا يملك به.

فَرع

إذا تحجَّر الرجلُ أرضًا وباعها قبل أن يحييها، فهل يصح ذلك أم لا؟ قال أبو إسحاق: يصح ذلك، وقال أصحابُنا: هذا من غلطات أبي إسحاق، والصحيح أنه لا يجوزُ بيعها؛ لأنه إذا تحجَّرها فما ملكها بالتحجر، وباع ما لا يملكه، والله أعلم.



باب ما يجوز أن يقطع وما لا يجوز

♦ قال الشافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (مَا لَا يجوز أن يَمْلِكُهُ أَحَدٌ مِنْ النَّاسِ يُعْرَفُ؛ صِنْفَانِ، أَحَدُهُمَا مَا مَضَى، لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا بِمَا يَسْتَحْدِثُهُ فِيهِ، وَالثَّانِي مَا لَا تُطْلَبُ الْمَنْفَعَةُ فِيهِ إِلَّا بِشَيْءٍ يَجْعَلُ فِيهِ غَيْرَهُ، وَذَلِكَ الْمَعَادِنُ الظَّاهِرَةُ وَالْبَاطِنَةُ)[(١)] إلى آخر الفصل.

وهذا كما قال.. وجملتُه أن ما لا يملكه أحدٌ من الناس علىٰ ضربين:

أحدهما: ما لا يملكُه أحدٌ إلا بما يستحدِثُه فيه، وذلك المواتُ من الأرض، وقد ذكرنا فيما مضىٰ أنه يملك بالإحياء، وإذا تحجره صار أحق به من غيره، وإذا أقطعه السلطانُ إياه كان كالتحجِير.

والدليلُ عليه أنه يملك بالإحياء قوله ﷺ: «**مَن أحيَا أرْضًا ميتةً فهي له**»[(٢)].

والدليلُ عليه أنه إذا تحجرها كان أحقَّ بها من غيره هو أن التحجيرَ بعضُ آثار العمارة والإحياء، فلو قلنا إنه لا يصير أحق بذلك لأدىٰ إلىٰ أن لا يتم له الملك بالإحياء؛ لأنه لا يشاءُ أحدٌ إلا ويسبقه إليها بعدما تحجرها فيملكها، فإذا كان كذلك جعلناه أحق بها، ومنعنا غيره من أن يسبقه إليها فيحييها.

وأما الدليلُ علىٰ أن السلطان إذا أقطعه إياها صار أحق بها، فهو ما روي

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣١).

(٢) سبق تخريجه (ص ٢٤٨).

عن النبيِّ ﷺ أنه أقطع الدور بالمدينة[١]، وروي عن عمرو بن حُريث قال: خطَّ لي رسولُ الله ﷺ دارًا بالمدينة بقوس[٢]، وعن وائل بن حُجر أن النبيَّ ﷺ أقطعه أرضًا بحضرموت[٣]، وروي أن النبيَّ ﷺ أقطع الزبيرَ حُضْرَ فرسِهِ فأجرىٰ فرسه[٤]، فلما قام الفرس رمىٰ بسوطه، فقال النبي ﷺ: «**أقطِعُوا له مِن مُنتهى سوطِهِ**»[٥]، وروي أن النبيَّ ﷺ أقطع بلال بن الحارث المعادن القبلية جلسيها وغوريها[٦].

ولأن إقطاع السلطان أكثرُ من التحجير، فإذا صار أحقَّ بالأرض بالتحجير فأولىٰ أن يصير أحق بها بالإقطاع.

وأما الضربُ الآخرُ، فقد نقل المزني فقال: والثاني ما لا تطلب المنفعة فيه إلا بشيء يجعل فيه غيره.

وهذا غلطٌ في النقل؛ لأنه يكون في معنىٰ الأول؛ لأن الموات لا تطلب المنفعة فيه إلا بشيء يجعل فيه.

وقد ذكره في «الأم»[٧] فقال: والثاني ما تطلب المنفعة لا بشيء يجعل فيه، وهو الصحيح، وأراد به المعادن، وذلك علىٰ ضربين: ظاهرةً وباطنةً، فأما الباطنة فلها باب نذكرها فيه إن شاء الله، وأما الظاهرةُ فهاهنا موضعها، وهي الماء، والقِير والنفط، والموميا، والكبريت، والملح، وما أشبه ذلك، فهذه لا تُملك بالإحياء ولا يصيرُ أحدٌ أولىٰ بها بالتحجير من غيره، وليس

---

(١) السنن المأثورة (٤٣٤)، ومعرفة السنن والآثار (١٢٢١٠).
(٢) أخرجه أبو داود (٣٠٦٠)، والطحاوي في مشكل الآثار (٧١٤)، والبيهقي (١١٨٠٠).
(٣) أخرجه البيهقي في السنن الصغرىٰ (٢١٥٥).
(٤) زيادة ضرورية.
(٥) أخرجه أحمد (٦٤٥٨)، وأبو داود (٣٠٧٢)، والطبراني (١٣٣٥٢).
(٦) أخرجه أبو داود (٣٠٦١)، والبيهقي (١١٨٤١)، وفي المعرفة (٨٣٥٤).
(٧) الأم (٤/ ١٦).

للسلطان أن يقطِعها، فإن أقطعها لم يجز للمقطَع أن يتفرَّد بها لأجل إقطاع السلطان إياه.

والأصلُ فيه ما روي أن أبيضَ بنَ حمَّال استقطع رسولَ الله ﷺ ملح مأرب، فروي أنه أقطعه، وروي أنه أراد أن يقطعه، فقيل له: يا رسول الله، إنه كالماء العِدِّ، قال: «**فلا إذًا**»(١).

والماءُ العِدُّ هو الدائم الذي لا ينقطع، يعني أن ذلك الملح لا ينقطع ولا يحتاج إلىٰ عمل واستحداث شيء.

ولأن المسلمين أجمعوا علىٰ أنه لا يجوز أن يُقْطِعَ السلطانُ أحدًا مشارعَ الماء فيجعله أحق بها من غيره، فكذلك لا يجوز أن يُقطعه شيئًا من المعادن الظاهرة؛ لأنها بمنزلة الماء من حيث إنها بارزة ظاهرة لا يُحتاج في تحصيلها واستخراجها إلىٰ مئونة وعمل، وإنما يتناول فيؤخذ منه قدر الحاجة.

فإن قيل: هذا الخبر لا يصح؛ لأن فيه أن النبيَّ ﷺ أخطأ في الإقطاع، والسكوتُ عن مثل هذا أولىٰ، **فالجوابُ من وجوه**:

أحدها: أن المروي في الحديث أن النبيَّ ﷺ أراد أن يُقطعه، والإرادةُ عملُ القلب، وذلك ما لا يقطع علىٰ المريد به، فيجوز أن يكون الراوي غلب علىٰ ظنه أن النبيَّ ﷺ أراد ذلك، وما كان أراد.

والثاني: أن النبيَّ ﷺ أقطعه علىٰ ظاهر ما سمعه منه؛ لأنه لم يشرح له أن ذلك الملح ظاهرٌ بمنزلة الماء العِدِّ، وعلىٰ هذا لا يكون مخطئًا، وإنما يكون مخطئًا إذا تصور المسألة وعرفها، ثم أفتىٰ، وحكم، ثم رجع، والمسألة

---

(١) أخرجه الشافعي في الأم (٤/ ٤٣) - ومن طريقه البيهقي (١١٨٢٩) - وأبو داود (٣٠٦٤) والترمذي (١٣٨٠) وابن ماجه (٢٤٧٥) وينظر للفائدة مقدمة د الديب لكتاب نهاية المطلب (ص ٣١٣- ٣١٥).

بحالها، فأما إذا كانت المسألة قد صُوِّرت له بخلاف ما هي عليه ثم بانت له بخلاف ما صُوِّرت عنده فأفتىٰ وحكم خلاف ما سبق لم يكن مخطئًا.

ومِن أصحابِنا مَن سلَّم ذلك، وقال: إن رسول الله ﷺ يخطئ كما تخطئ أُمته غير أنه يفارقُ أُمته من وجه آخر؛ لأنه لا يُقَرُّ علىٰ الخطأ، والمخطئُ من أُمته يُقر علىٰ الخطأ، والذي يدل عليه ما روي عنه ﷺ إنما قال: «**إنَّما أَسْهُو لِأَسُنَّ**»[1]

إذا ثبت هذا، وأنه لا يملك بالإحياء ولا يصير أحدٌ أحقَّ به من غيره بتحجير ولا إقطاع فإذا سبق إليه أحدٌ من الناس أخذ قدر حاجته وانصرف.

فإن أقام يريد أن يأخذ فوق صاحبه فهل للإمام أن يمنعه من ذلك؟ فيه وجهان:

أحدهما: ليس له ذلك لما روىٰ أسمرُ بنُ مُضَرِّس[2] أن النبيَّ ﷺ قال: «**مَن سَبَقَ إلى ماءٍ لم يسبِقْه إليه مسلمٌ فهو أحقُّ به**»[3]

والثاني: يمنعه من ذلك؛ لأنَّا قد ذكرنا أن أحدًا لا يصير أحقَّ به من غيره بالتحجير، وهذا يؤدي إلىٰ ذلك؛ لأنه يتحجره بذلك، فإن سبق إليه اثنان ففيه وجهان؛ أحدهما: يقرِع الإمامُ بينهما- وهو الصحيح- لتساويهما في ذلك، والقرعةُ تدخل عند تساوي الحقوق، والثاني: أن الإمام ينظر، فيقدِّم من رأىٰ منهما أحق بالتقدم، وفيه وجه ثالث: أنه يخليهما ويقسم ما يأخذانه بينهما.

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ بلاغًا (٢٢٤) وقال ابن عبد البر في التمهيد (٢٤/ ٣٧٥): لا أعلمه يروي بوجه من الوجوه مسندًا ولا مقطوعًا من غير هذا الوجه وهو أحد الأحاديث الأربعة في الموطأ، التي لا توجد في غيره مسندة ولا مرسلة.

(٢) أسمر بن مضرس الطائي، يقال هو أخو عروة بن مضرس، وكلاهما أعرابي.

(٣) أخرجه أبو داود (٣٠١٧)، والطبراني (٨١٤)، والبيهقي (٢١٨٣).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَتْ بُقْعَةٌ مِنْ السَّاحِلِ يَرَى أَنَّهُ إنْ حَفَرَ تُرَابًا مِنْ أَعْلَاهَا، ثُمَّ دَخَلَ عَلَيْهَا مَاءٌ ظَهَرَ لَهَا مِلْحٌ؛ كَانَ لِلسُّلْطَانِ أَنْ يُقْطِعَهَا، وَلِلرَّجُلِ أَنْ يَعْمُرَهَا بِهَذِهِ الصِّفَةِ فَيَمْلِكَهَا)[١].

وهذا كما قال.. قد ذكرنا المعادن الظاهرة التي لا تُملك بالإحياء، وذكر الشافعيُّ بعد ذلك مسألة بخلافها، وهي إذا كان في الساحل بقعة إذا حفرت وانساق الماءُ إليها ظهر لها ملح، فإن هذا في حُكم الموات؛ لأنه لا ينتفع بها إلا باستحداث شيء فيها، فيملك بالإحياء، ويصير المتحجِّرُ لها أولىٰ من غيره، وللسلطان أن يُقطعها، وإذا أقطعها أحدًا صار أحقَّ بها من غيره كما ذكرنا ذلك في إحياء الموات وتحجره وإقطاعه، ويفارق الملحَ الظاهرَ الذي يخرج من غير تعب وعمل؛ لأن ذلك بمنزلة الماء الذي ينبع، فالناسُ فيه شرع سواء؛ لأنه ينتفع به من غير استحداث شيء ومن غير مئونةِ عمل، والله أعلم بالصواب.



(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣١).

باب تفريع القطائع وغيرها

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «الْقَطَائِعُ فِرْقَانِ؛ أَحَدُهُمَا مَا مَضَى، وَالثَّانِي إقْطَاعُ إرْفَاقٍ لَا تَمْلِيكٍ، مِثْلَ الْمَقَاعِدِ[1] بِالْأَسْوَاقِ الَّتِي هِيَ طَرِيقُ الْمُسْلِمِينَ، فَمَنْ قَعَدَ فِي مَوْضِعٍ مِنْهَا لبَيْعٍ كَانَ بِقَدْرِ مَا يَصْلُحُ لَهُ مَا كَانَ مُقِيمًا فِيها، فَإِذَا فَارَقَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنْعُهُ مِنْ غَيْرِهِ كَأَبْنِيَةِ الْعَرَبِ وَفَسَاطِيطِهِمْ، فَإِذَا انْتَجَعُوا لَمْ يَمْلِكُوا بِهَا حَيْثُ نَزَلُوا»[2].

وهذا كما قال.. القطائعُ جمعُ قَطِيعة، والقَطِيعةُ القِطْعةُ من الأرض المقطوعة وهي فَعِيلة بمعنىٰ مفعولة.

والقطائع ضربان؛ أحدهما: ما يُملك بالإحياء وهو الموات، وقد ذكرنا حكمه، **والضرب الثاني:** إقطاعُ الإرفاق، وهو أن يُقْطِعه موضعًا يجلسُ فيه في المواضع الواسعة من الطرقات ورحاب الجوامع، فللسلطان أن يقطِع ذلك؛ لأن له في ذلك يدًا وتصرفًا، ألا ترىٰ أن له أن يحفر في الطريق بئرًا لماءِ المطر، وله أن يمنع غيره من ذلك علىٰ حسب ما يراه من المصلحة.

فإذا أقطع رجلًا موضعًا من تلك المواضع صار أحقَّ به من غيره بإقطاعه إياه، وإن كان بعد لم يشغله بمتاعه، فإذا وضع متاعه فيه، ثم قام منه، وحوَّل متاعه كان أحق بذلك الموضع، وإن كان قد حوَّل قماشه منه فليس له أن ينصب فيه مستندًا ولا أن يبني فيه دِكَّة؛ لأن ذلك مما يستضرُّ به المارة،

---

(١) في (ص)، (ف): «القاعد».

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣١).

وكذلك إذا سبق إلىٰ موضع من تلك المواضع رجلٌ كان أحقَّ به من غيره، والدليلُ عليه قولُ النبي ﷺ: «**مِنى مُناخُ مَن سَبَقَ إليه**»[١]، وقولُه ﷺ: «**مَن سَبَقَ إلى ماءٍ لم يسبقْهُ إليه مسلمٌ فهو أحقُّ به**»[٢].

ولأن الناس لم يزالوا علىٰ هذا في كلِّ عصرٍ؛ لا ينكرون علىٰ من سبق إلىٰ هذه المواضع، ولا يحوِّلونه منه إذا جلس فيه، ويجعلونه أحقَّ به من غيره، فدل علىٰ ما قلناه.

فإذا قام عن ذلك الموضع وترك رَحْله فيه فحقُّه باقٍ، وإن حوَّل رحله منه انقطع حقُّه، فمن سبق إليه بعد كان أحقَّ به منه.

وهذا كما قلنا في الرجل إذا قام من مجلسه في المسجد ليكلم إنسانًا، فجاء آخر فقعد مكانه، فإنه يُنظر؛ فإن كان لم يترك في موضعه شيئًا فالقاعدُ أحقُّ به منه، وإن كان قد ترك فيه شيئًا مثل منديله أو سجادته فإنه أحقُّ به، وليس لغيره أن يقعد فيه.

فإن سبق اثنان إلىٰ موضع، ففيه وجهان؛ أحدهما: يُقرع بينهما- وهو الأصح- والثاني: أن الإمام يقدِّم منهما من رأىٰ تقديمه ويؤخر الآخر.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٠١٩)، والترمذي (٨٨١) وحسنه، من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) أخرجه أبو داود (٣٠١٧)، والطبراني (٨١٤)، والبيهقي (٢١٨٣).

باب إقطاع المعادن وغيرها

♦ قال الشافعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: (فِي إقْطَاعِ الْمَعَادِنِ قَوْلَانِ؛ أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ يُخَالِفُ إقْطَاعَ الْأَرْضِ؛ لِأَنَّ مَنْ أَقْطَعَ أَرْضًا فِيهَا مَعَادِنُ أَوْ عَمِلَهَا فَلَيْسَتْ لِأَحَدٍ سِوَاهُ كَانَتْ ذَهَبًا أَوْ فِضَّةً أَوْ نُحَاسًا أَوْ مَا لَا يَخْلُصُ إلَّا بِمُؤْنَةٍ؛ لِأَنَّهُ بَاطِنٌ مُسْتَكِنٌّ وبَيْنَ ظَهْرَانَيْ تُرَابٍ أَوْ حِجَارَةٍ، وكَانَتْ هَذِهِ كَالْمَوَاتِ فِي أَنَّ لَهُ أَنْ يُقْطِعَهُ إيَّاهَا، وَمُخَالِفَةٌ لِلْمَوَاتِ فِي أَحَدِ الْقَوْلَيْنِ وَأَنَّ الْمَوَاتَ إذَا أُحْيِيَتْ مَرَّةً ثَبَتَ إحْيَاؤُهَا، وَهَذِهِ فِي كُلِّ يَوْمٍ يثبتُ إحْيَاؤُهَا لِبُطُونِ مَا فِيهَا، وَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُقْطِعَ مِنْ الْمَعَادِنِ إلَّا قَدْرَ مَا يَحْتَمِلُ عَلَى أَنَّهُ إنْ عَطَّلَهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَنْعٌ مَنْ أَخَذَهُ فإِذَا تَرَكَهُ وَعَطَّلَه، قِيلَ لَه: إنْ عَمِلْتَ فيهِ وإلَّا دَفَعْنا إلى مَن يَعْمَلُ فِيهِ، وَمِنْ حُجَّتِهِ فِي ذَلِكَ أَنَّ لَهُ بَيْعَ الْأَرْضِ وَلَيْس لَهُ بَيْعُ الْمَعَادِنِ، وَأَنَّهَا كَالْبِئْرِ تُحْفَرُ بِالْبَادِيَةِ، فَتَكُونُ لِحَافِرِهَا، وَلَا يَكُونُ لَهُ مَنْعُ الْمَاشِيَةِ فَضْلَ مَائِهَا، أو كَالْمَنْزِلِ، وهُوَ أَحَقُّ بِهِ، فَإِذَا تَرَكَهُ لَمْ يُمْنَعْ مِنْهُ مَنْ نَزَلَهُ[١])[٢].

وهذا كما قال.. الكلامُ هاهنا في المعادن الباطنة، مثل الذهب والفضة والنحاس والرصاص وحجارة البرام وغيرها مما يكونُ في بطون الأرض والجبال، ولا يظهرُ إلا بالعمل فيها والتزام المؤنة عليها، وجملتُه أنه هل تُملك المعادن الباطنة بالإحياء أم لا، فيه قولان:

أحدهما: تُملك بالإحياء؛ لأنه لا يتوصلُ إلىٰ منفعتها إلا بالعمل فيها

---

(١) في النسخ: «لم يمنع من تركه»، وهو غلط.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣١- ٢٣٢).

والتزام المؤونة عليها، فهي كالموات من الأرض.

والقول الثاني: لا تُملك بالإحياء، ووجهه أشياء؛ أحدها: أن إحياء المعادن الباطنة بتخريبها؛ لأنه لا ينال ما فيها إلا بحفرها، وحفرُها تخريبُها، ولا يجوز أن يكون التخريبُ للموضع سببًا لتملكه، ولأنه إنما يُملك بالإحياء ما إذا أُحييٰ ثبت إحياؤه، ووقفت عمارته، ثم ينتفع به بعد ذلك، وهذه المعادن لا يثبت إحياؤها ولا تقف عمارتها؛ لأنه لا ينال ما فيها إلا بالعمل فيها أبدًا، ولأنه لا خلاف أنه لا يجوز بيع المعدن الذي أحياه ولو كان يملك بالإحياء لجاز بيعه كما يجوز بيع الأرض الموات إذا أحياها، ولأنه لا خلاف أن أهل البادية إذا نزلوا موضعًا منها وحفروا فيه بئرًا ليشربوا من مائها ويسقوا مواشيهم ما أقاموا، فإنهم لا يملكون ذلك بالإحياء والحفر، فكذلك هاهنا.

إذا تقرر هذا، فإذا قلنا يُملك بالإحياء فإن إحياءه أن يبلغ نيله وما دون البلوغ تحجير بإحياء فيصير أولىٰ به كما يصير أولىٰ بالموات إذا تحجره.

ويجوز للسلطان أن يقطعه كما يجوز له إقطاع الموات، ويصيرُ أحقَّ به من غيره بالإقطاع، ولا يقطعه إلا بالقدر الذي يطيقه آلته ورجاله.

وإذا أحياه ملكه وصار أحق به وبمرافقه[1] التي لا بد له منها، ويكون ذلك علىٰ قدر الحاجة إليه إن كان يخرج ما يخرج منه بالأيدي، وإن كان بالجمال، وهذا كما قلنا في الموات من الأرض إذا أحياه فإنه يصير أحق بمرافقها، وإذا أحيا بئرًا ملكها وصار أحق بحريمها، وقدْرُ حريمها علىٰ حسب الحاجة، فكذلك هاهنا.

ومتىٰ تحجر المعدن فأخَّر إحياءه قال له السلطان: إما أن تحييه أو أخلي

(١) في النسخ: «بمرافقته»!

بينه وبين غيرك، فإن استأجله أجَّله علىٰ حسْبِ ما مضىٰ في إحياء المواتِ فصلًا بفصل.

وأما إذا قلنا إنه لا يملك بالإحياء، فهل للسلطان أن يقطعه أم لا؟ فيه قولان؛ أحدهما: لا يقطعه؛ لأنه لا يملك بالإحياء كما قلنا في المعادن الظاهرة، والثاني: يقطعه، والدليلُ عليه ما روي عن النبيِّ ﷺ أنه أقطع بلالَ ابنَ الحارث المعادنَ القبلية جلْسيها وغوْريها[١]، ولأنه لا خلاف أنه يقطع المواضع في الطرقات الواسعة ورحاب الجوامع للقعود فيها والتجارة، ولا يُملك، فكذلك هاهنا.

إذا تقرر هذا، فإن قلنا يقطعه، فأقطع رجلًا؛ كان أحقَّ به من غيره، وكذلك إن قلنا لا يقطع غير أنه سبق إليه كان أحقَّ به من غيره؛ فإن أخذ حاجته وانصرف فذاك، وإن وقف ليأخذ أكثر من حاجته ففيه قولان؛ **أحدهما**: يخلىٰ حتىٰ يتصرف لنفسه لقوله ﷺ: «**مَن سَبَقَ إلى ماءٍ لم يسبِقْه إليه مسلمٌ فهو أحقُّ به**»[٢] **والثاني**: للإمام أن يصرفه؛ لأنه يؤدي إلىٰ تحجره، وليس له أن يتحجره كما قلنا في مشارع الماء، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال: (وَلَوْ أُقْطِعَ أَرْضًا فَأَحْيَاهَا، ثُمَّ ظَهَرَ فِيهَا مَعْدِنٌ، مَلَكَهُ مِلْكَ الْأَرْضِ فِي الْقَوْلَيْنِ جميعًا)[٣].

وهذا كما قال.. إذا أحيا مواتًا من الأرض[٤]، فظهر فيها معدنٌ ملكها

(١) أخرجه أبو داود (٣٠٦١)، والبيهقي (١١٨٤١)، وفي المعرفة (٨٣٥٤).
(٢) أخرجه أبو داود (٣٠١٧)، والطبراني (٨١٤)، والبيهقي (٢١٨٣).
(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٢).
(٤) في (ق): «أرضًا مواتًا».

بالإحياء، وملك المعدن الذي ظهر فيها قولًا واحدًا؛ لأن المعدنَ مخلوقٌ خلقة الأرض فهو جزء من أجزائها، ومن ملك أرضًا ملكها بجميع أجزائها ما ظهر منها وما بطن.

وكذلك إذا اشترىٰ دارًا ثم ظهر فيها معدنٌ كان للمشتري دون البائع، فأما إذا وجد فيها كنزًا مدفونًا فإن كان من دِفْنِ الجاهلية فإنه يملكه بالإصابة والظهور عليه، وإن كان من دِفْنِ الإسلام فهو لُقطة، وإن كان ذلك في أرضٍ اشتراها فإن الكنز لا يدخلُ في البيع؛ لأنه مودَعٌ فيها فيرده علىٰ البائع، ويفارق المعدن؛ لأنه مخلوق فيها فهو جزء من أجزائها، والذي يدل عليه أنه إذا ظهر فيها حَجَرٌ مخلوق ملكه، وإذا ظهر فيها حَجَرٌ منحوتٌ مودعٌ لم يملكه، وكان كنزًا أو لقطة.

♦ مَسْألَةٌ ♦

♦ قال الشافعي: (وَكُلُّ مَعْدِنٍ عَمِلَ فِيهِ جَاهِلِيٌّ ثُمَّ اسْتَقْطَعَهُ رَجُلٌ فَفِيهِ أَقَاوِيلُ؛ أَحَدُهَا: أَنَّهُ كَالْبِئْرِ الْجَاهِلِيِّ وَالْمَاءِ الْعِدِّ، فَلَا يُمْنَعُ أَحَدٌ الْعَمَلَ فِيهِ، فَإِذَا اسْتَبَقُوا إِلَيْهِ فَإِنْ وَسِعَهُمْ عَمِلُوا مَعًا، وَإِنْ ضَاقَ أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ أَيُّهُمْ يَبْدَأُ، ثُمَّ تَبِعَ الْآخَرُ فَالْآخَرُ حَتَّى يَتَأَسَّوْا فِيهِ، وَالثَّانِي لِلسُّلْطَانِ أَنْ يُقْطِعَهُ عَلَى الْمَعْنَى الْأَوَّلِ يَعْمَلُ فِيهِ، وَلَا يَمْلِكُهُ فَإِذَا تَرَكَهُ عَمِلَ فِيْهِ غَيْرُهُ، وَالثَّالِثُ يُقْطِعُهُ فَيَمْلِكُهُ مِلْكَ الْأَرْضِ إِذَا أَحْدَثَ فِيهَا عِمَارَةً)[1].

وهذا كما قال.. إذا غُنِم بلدٌ من بلاد المشركين وفيه مواتٌ قد عمل معدن فيه جاهلي فلا يكون غنيمة، ولا يملكه الغانمون، ويكون علىٰ الإباحة كالموات.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٢).

فإن قيل: هلا قلتم أنه يملك ويكون غنيمة على القول الذي قلتم إن المعدن الباطن يملك بالإحياء. قيل: إنما قلنا على أحد القولين أنه يملكه بالإحياء؛ لأنه يقصد تملكه بذلك، فإذا لم يقصد تملكه فإنه لا يملكه بالإحياء قولًا واحدًا، وهذا الجاهلي لا يدرى هل أحياه ليتملكه أم لا، والأصلُ أنه على الإباحة، فلم يكن غنيمة، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قالَ رَحِمَهُ اللهُ: (وَكُلُّ مَا وَصَفْتُهُ مِنْ إِحْيَاءِ الْمَوَاتِ، وَإِقْطَاعِ الْمَعَادِنِ وَغَيْرِهَا، فَإِنَّمَا عَنَيْتُهُ فِي عَقْوِ[1] بِلَادِ الْعَرَبِ الَّذِي عَامِرُهُ عُشْرٌ، وَعَقْوُهُ مَمْلُوكٌ، وَكُلُّ مَا يظهرُ عَلَيْهِ عَنْوَةً[2] مِنْ بِلَادِ الْعَجَمِ فَعَامِرُهُ كُلُّهُ لِمَنْ ظَهَرَ عَلَيْهِ مِنْ الْمُسْلِمِينَ عَلَى خَمْسَةِ أَسْهُمٍ)[3].

وهذا كما قال.. عُقْوُ بلاد العرب، هو الساحة، والمراد به الموات، ويروى «عَفْو بلاد العرب» بالفاء، وعَقْر بالقاف والراء، والمراد به المواتُ، والصحيحُ أنه عَقْوٌ بالقاف والواو، وهو الأرضُ المتروكة التي لم يعمرها أحد، فلا يكون فيها عين ولا أثر.

قال الشاعر[4]:

---

(١) جاء في المختصر والحاوي (٧/ ٥٠١) ونهاية المطلب (٨/ ٣٢٥) والبحر (٧/ ٣٠٥) بالفاء، وكلام المصنف ههنا يدل على أنه غلط، ولم ينبه على ذلك غيره، وهذه الفائدة لن تراها إلا ههنا، فاستفدها، وفي كتاب العين (٢/ ١٧٥) وتاج العروس (٣٩/ ٧٥): العقوة ما حول الدار والمحلة.

(٢) في (ص)، (ق): «غيره» وهو تحريف، والمثبت من (ف).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٢).

(٤) هو الأخطل، والبيت في ديوانه (ص ٥٠٧) وفي إصلاح المنطق (ص ٢٢٤) والألفاظ (ص ١٧٦) وقد نقله بعض أصحاب المعاجم في مادة درج وبعضهم نقله في مادة عفا، والله أعلم.

قبيلـــةٌ كشِـــراكِ النَّعـــلِ دارِجـــةٌ إِن يَهْبِطـوا العَقْـوَ لَا يُعْـرَفُ لَهُـم أَثَـرُ

وقد نقل المزني هاهنا كلمة غلط فيها؛ لأنه قال: (عَامِرُهُ عُشْرٌ وَعَقْوُهُ مَمْلُوكٌ)[١] وليس كذلك، وإنما هو: (وعَقْوُه غيرُ مملوكٍ) فسقط عليه لفظة «غير»[٢].

إذا ثبت هذا، فجملته أن بلادَ الإسلام علىٰ ضربين: بلادٌ أسلم أهلُها عليها، وبلادٌ فُتحت.

فأما التي أسلم أهلُها عليها مثل مدينة الرسول ﷺ، فإن العامر لأهله، وأما المواتُ فهو علىٰ ما ذُكر فيما مضىٰ.

وأما الذي فُتح فلا يخلو من أن يكون فُتح عَنْوَةً، أو صلحًا، [فأما إن كان فُتح عَنْوَةً][٣]؛ فإن كان عامرًا كان غنيمة.

وأما المواتُ، فإن كان لم يقاتلوا عليه فحُكمه حُكمُ موات دار الإسلام،

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٢).

(٢) قال الجويني رَحِمَهُ اللَّهُ (٨/ ٣٢٥): (وهذا مما أخل المزني بنقله خللًا فاحشًا؛ فإنه قال: وعفوه مملوك. والشافعي قال: «وعفوه غير مملوك»، وعنىٰ بالعفو الموات، فحذف المزني كلمة «غير» حتىٰ إنها تزاد في بعض النسخ، وتثبت علىٰ الاستقامة) وقال د/ الديب رَحِمَهُ اللَّهُ: أي يثبتها قراء مختصر المزني إقامة للنص.
وما جزم به المصنف والإمام رحمهما الله في نسبة المزني للخطأ، ينبغي أن يكون علىٰ سبيل الاحتمال، فإن الماوردي رَحِمَهُ اللَّهُ شرح ذلك أحسن منهما فقال (٧/ ٥٠١): (وروىٰ الربيع «وعفوه غير مملوك»، فاختلف أصحابنا لاختلاف هذه الرواية، فكان أبو علي بن أبي هريرة وأبو حامد المروزي وأبو حامد الإسفراييني ينسبون المزني إلىٰ الخطأ في نقله حين قال «وعفوه مملوك»، لأنه لو كان مملوكًا ما جاز إحياؤه وأن الصحيح ما نقله الربيع «وإن عفوه غير مملوك» ليملك بالإحياء، وكان أبو القاسم الصيمري وطائفة يقولون: كلا النقلين صحيح، والمراد بهما مختلف...).

(٣) زيادة ضرورية.

وأما الذي قاتلوا عليه من الموات، فهل يصير ذلك تحجيرًا له أم لا؟

مِن أصحابِنا مَن قال: إن المقاتلة عنه تحجيرًا له؛ لأن التحجير إنما هو بتأثير العمل الذي هو العمارة، وإذا قاتلوا عنه فإنهم لم يؤثروا فيه، وذهب أكثر أصحابنا إلىٰ أن ذلك يصير تحجيرًا.

والذي قاله القائلُ الأولُ من أن التحجير لا يكون إلا بالتأثير في الأرض غير صحيح؛ لأن السلطان إذا أقطع رجلًا قطعة من الموات، كان المقطَعُ أحقَّ بها من غيره، ويصيرُ ذلك كالتحجير، فكذلك هاهنا.

إذا تقرر أن ذلك يصير في معنىٰ التحجير، فإن علىٰ قول أبي إسحاق يصير ذلك ملكًا للغانمين، ويكونُ الموات الذي ذبوا عنه من جملة الغنيمة؛ لأن عنده إذا تحجَّر الرجلُ أرضًا ثم باعها صحَّ البيعُ وملكها المشتري، والاغتنامُ سببٌ يتملك به، كما أن الشراء سببٌ يتملك به، فعلىٰ هذا يكونُ من جملة الغنيمة، ويكون حُكمه حُكْمَ العامر.

وأما علىٰ قول غيره من أصحابنا، فإنِ ذلك الموات يصير للغانمين بمنزلة ما تحجروه، فيكونوا أحقَّ به من غيرهم، كما لو تحجروه بالتأثير في عمارته، أو أقطعهم السلطان إياه، فليس لغير الغانمين أن يحيوا منه شيئًا.

وأما الذي يُفتح صُلْحًا، فلا يخلو من أن يصالحوا علىٰ أن تكون الدار لنا، أو علىٰ أن تكون الدار لهم.

فإن صولحوا علىٰ أن تكون الدار لهم بشيء يبذلونه صح ذلك، وتكون الدار لهم والعامر لهم، والموات علىٰ ما كان عليه، فمن أحيا منهم شيئًا منه ملكه، وإن أحيا المسلمُ شيئًا منه لم يملكه، ويفارق دارَ الحرب حيث قلنا إنه إذا أحيا شيئًا منها ملكه؛ لأن دار الحرب تُملك بالقهر والغلبة، فملكُ مواتها بالإحياء، وليس كذلك هذه الدار التي حصلت لهم بالصلح؛ لأن المسلمين

لا يملكونها بالقهر والغلبة، فلم يملكوها بالإحياء.

وأما إذا صولحوا علىٰ أن تكون الدار لنا صح ذلك، ويكون الحُكْم في ذلك حُكْمَ دار الإسلام؛ لأنه صار للمسلمين بالمصالحة فحُكْمُ عامره ومواته، حُكْمُ عامر بلاد المسلمين ومواتها علىٰ ما مضىٰ، وما يحصل بالمصالحة فهو فيء، وحكمه حكم الفيء في أربعة أخماسه وخمسه.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رضي الله عنه: (وإِنْ وَقَعَ الصُّلْحُ عَلَى عَامِرِهَا، وَمَوَاتِهَا كَانَ الْمَوَاتُ مَمْلُوكًا لِمَنْ مَلَكَ الْعَامِرَ)[١].

وهذا كما قال.. معنىٰ المسألة علىٰ قول أبي إسحاق إذا مانعوا من العامر والموات جميعًا، ثم وقع الصلحُ عليها بعد ذلك، فتكون الممانعةُ عن الموات بمنزلة التحجير لها، ويملكه من يملك العامر، كما يملكُ المشتري من البائع المتحجر، فعلىٰ هذا يُحمل كلامُ الشافعيِّ رحمه الله علىٰ الحقيقة.

ومن يقول إنه لا يجوزُ بيعُ المتحجِّر، ولا يملكه الغانمون قهرًا إذا قاتل الكافر عنه، يقول: إن ذلك يُثْبِت اليد عليه، ويكونُ من يملكُ العامر من المسلمين أحقَّ به من غيره، كما يكونُ المتحجر للموات أولىٰ به[٢] من غيره.

ومعنىٰ قول الشافعي رحمه الله: (كان المواتُ مملوكًا لمن ملك العامر) أي: تثبت له اليد عليه حسب.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال رضي الله عنه: (وَمَنْ عَمِلَ فِي مَعْدِنٍ فِي أَرْضٍ مِلْكُهَا لِغَيْرِهِ فَمَا خَرَجَ مِنْهُ

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٢).

(٢) في (ق): «أحق به».

فَلِمَالِكِهَا وَهُوَ مُتَعَدٍّ بِالْعَمَلِ، وَإِنْ عَمِلَ بِإِذْنِهِ أَوْ عَلَى أَنَّ مَا خَرَجَ مِنْ عَمَلِهِ فَهُوَ لَهُ، فَسَوَاءٌ وَأَكْثَرُ هَذَا أَنْ يَكُونَ هِبَةً لَا[١] يَعْرِفُهَا الْوَاهِبُ، وَلَا الْمَوْهُوبُ لَهُ، وَلَمْ يُحَزْ وَلَمْ يُقْبَضْ، وَلِلْآذِنِ الْخِيَارُ فِي أَنْ يُتِمَّ ذَلِكَ أَوْ يَرُدَّ، وَلَيْسَ كَالدَّابَّةِ يَأْذَنُ فِي رُكُوبِهَا؛ لِأَنَّهُ عرَفَ مَا أَعْطَاهُ وَقَبَضَهُ)[٢].

وهذا كما قال.. إذا ملك معدنًا في أرض أحياها، أو اشتراها فظهر فيها، ثم إن رجلًا عمل فيه، فأخرج منه قطعًا، فلا يخلو أن يكون عمِل بإذنه، أو بغير إذنه، فإن كان بغير إذنه فهو متعدٍّ بذلك، ولا أجرة له وما أخرجه فلصاحبه.

وإن كان ذلك بإذنه فلا يخلو من أن يأذن له علىٰ أن يخرجه العامل لنفسه، أو له، فإن أذن له علىٰ أن يخرجه له، فما يخرجه يكون له.

وهل للعامل الأجرةُ أم لا؟ يكونُ الحُكْمُ فيه كالحكم في الغسال إذا أعطاه الثوبَ ليغسله فغسله من غير أن يشرط له أجرة.

وأما إذا أذن له علىٰ أن ما يخرجه العاملُ فلنفسه دونه، فإن ذلك لا يصح؛ لأنها هبةٌ مجهولةٌ، والمجهولُ (لا يصح هبتُه وتملُّكه)[٣]

وكلُّ ما يخرجه فإنه يردُّه علىٰ صاحب المعدن إلا أن يستأنف له هبةً بعد الإخراج ويقبضه إياه، ولا أجرة للعامل؛ لأنه عمل لنفسه، وإنما تثبت له الأجرةُ إذا عمل لغيره بإجارة صحيحة أو فاسدة.

فإن قيل: أليس إذا قارضه علىٰ أن يكون الربحُ كلُّه للعامل، فعمل وربح فإن الربحَ يكونُ لرب المال، وأجرةُ المثل للمقارض، وهاهنا قد عمل لنفسه

(١) زيادة من المختصر.
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٢).
(٣) في (ص): «لا يصح تملكه».

لأنه شرط له جميع الربح.

فالجوابُ: أنه ليس كذلك، وإنما عمل لغيره؛ لأن رأس المال ليس له وإنما هو لغيره، والبيع والشراء يقع لغيره دونه، وأما في مسألتنا فإن العمل وقع لنفسه، ولم يقصد بذلك إلا نفسه، فلهذا لم تكن له أجرة.

فأما إذا استأجره لإخراج شيء من المعدن، فإنه يُنْظر، فإن استأجره مدةً معلومةً صحَّتِ الإجارة، وإن كان العملُ معلومًا مثل أن يقول: «تحفر لي كذا وكذا ذراعًا» صح ذلك إذا كانت الأجرة معلومة.

فأما إذا استأجره لذلك، وجعل أجرته جزءًا مما يخرجه من المعدن مثل أن يقول: «ثلثه أو ربعه»، فإن الإجارة فاسدة؛ لأنها مجهولة، وله أجرة المثل.

فإن كان ذلك بلفظ الجِعالة، مثل أن يقول: «إن أخرجتَ منه شيئًا فقد جعلتُ لك نصفه» أو «ثلثه»، فإنه لا يجوز؛ لأن الذي جُعِل له مجهولُ القدر، وإن جعله معلومًا، فقال: «إن أخرجتَ منه كذا فقد جعلتُ لك عشرة دراهم» صحَّ ذلك، كما لو قال: «من جاء بعبدي»، أو قال: «إن جئت بعبدي فلك دينار» صحَّ ذلك، والله أعلم.

◆ مَسْألةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ ﵁: (وَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «مَنْ مَنَعَ فَضْلَ المَاءِ لِيَمْنَعَ بِهِ الْكَلَأَ مَنَعَهُ اللهُ فَضْلَ رَحْمَتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»)[1] قال الشافِعِيُّ ﵁: (وَلَيْسَ لَهُ مَنْعُ الْمَاشِيَةِ مِنْ فَضْلِ مَائِهِ وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ مَا يُسْقَى بِهِ الزَّرْعُ أَوْ الشَّجَرُ إِلَّا بِإِذْنِهِ)[2].

(١) أخرجه البخاري (٦٩٦٢)، ومسلم (١٥٦٦).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٢).

وهذا كما قال.. الآبار علىٰ ثلاثة أضرب: ضربٌ يحفره في ملكه، وضربٌ يحفره في موات ليتملكه، وضربٌ يحفر في الموات لا للتملك.

فأما الضربُ الأول: وهو إذا حفر بئرًا في ملكه [فإنما نقل ملكه من ملكه][1]؛ لأنه ملك المحل قبل الحفر.

وأما الضربُ الثاني وهو إذا حفر بئرًا في الموات ليتملَّكها، فإنه يملكها بالإحياء، والإحياء أن يبلغ إلىٰ مائها؛ لأن ذلك نيلها، وإذا بلغ نيلَ ما يحييه ملكه، وقبل أن يبلغ الماء يكون ذلك تحجُّرًا.

وهذا كما قلنا في المعدن الباطن: إن تحجره ما لم يبلغ النيل، وإذا بلغ النيل، كان ذلك إحياء، ويملكه، ويفارق المعدِنَ علىٰ أحد القولين؛ لأن المعدِنَ لا تنتهي عمارتُه، والبئرُ تنتهي عمارتُها، فإذا بلغ الماءَ تكررت منفعتُها علىٰ صفتها.

إذا ثبت هذا، فهل يملك الذي يحصل في هذين الضربين أم لا؟ نص الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ علىٰ أنه يملك.

ومِن أصحابِنا مَن قال: لا يملك؛ لأن الماء في البئر لو كان مملوكًا لم يستبح بالإجارة؛ لأن الأعيان لا تستباح بالإجارة، ولأنه لو كان مملوكًا لما جاز بيع دار في بئرها ماء بدار في بئرها ماء؛ لأن الربا يجري في الماء لكونه مطعومًا، ولما جاز ذلك، دل علىٰ أنه ليس بمملوك.

والدليلُ علىٰ أنه مملوكٌ أنه نماءُ ملكه، فهو كثمرة الشجرة، ولأن هذا الماء معدن ظهر في أرضه، فهو كمعادن الذهب والفضة وغيرها إذا ظهرت في أرضه.

فأما الجوابُ عن قولهم لو كان مملوكًا لم يستبح بالإجارة، فهو أن العين

---

(١) ليس في (ق).

قد تستباح بالإجارة إذا دعتِ الحاجة إليه، ألا ترىٰ أنه يجوز أن يملك بعقد الإجارة علىٰ الإرضاع عين اللبن؛ لأن الحاجة تدعو إلىٰ ذلك.

وجواب آخر، وهو أنه إنما جاز أن يستبيحه المستأجر؛ لأنه لا ضرر علىٰ المُكْري في ذلك؛ لأنه يستخلف في الحال، وما لا ضرر عليه فيه فليس له منع الغير منه، ألا ترىٰ أنه ليس له أن يمنع أن يستظل بحائطه، فكذلك هاهنا.

وأما الجوابُ عن دليلهم الثاني، فهو أن الماء لا يجري فيه الربا علىٰ أحد الوجهين، فهو مملوكٌ، ولا يجري فيه الربا علىٰ هذا الوجه، فلذلك صح البيع.

إذا تقرر هذان الوجهان، فإن قلنا: إنه مملوكٌ، فليس لغيره أن يأخذ شيئًا منه، وإن أخذه كان عليه ردُّه علىٰ صاحبه.

فإن قلنا: ليس بمملوكٍ، فليس لغيره أيضًا أن يأخذ منه شيئًا؛ لأنه يحتاج أن يتخطىٰ في ملك غيره بغير إذنه، فإن تخطىٰ بغير إذنه واستقام ذلك الماء ملكه، وليس عليه ردُّه، كما إذا توحَّل في أرضه صيدٌ، فليس لغيره أن يأخذه؛ لأنه يحتاج أن يتخطىٰ ملك غيره بغير إِذنِهِ، وذلك لا يجوز، فإن خالف وتخطىٰ، فأخذه ملكه.

وأما إذا أراد أن يبيع منه شيئًا، فإن قلنا: إنه غير مملوكٍ، لم يجز بيعُ شيء منه حتىٰ يستقيه ويحوزه فيملكه بالحيازة.

وإن قلنا إنه مملوك، جاز أن يبيع منه وهو في البئر، إذا شاهد المشتري كيلًا أو وزنًا.

ولا يجوز أن يبيع جميعَ ما في البئر؛ لأنه لا يمكن تسليمُه إذ كان ينبع ويزيد كلما استقي منه شيء، فلا يمكن تمييز المبيع من غيره.

وأما الضربُ الثالثُ من الآبار، وهو إذا ترك قومٌ موضعًا من الموات

فحفروا فيه بئرًا ليشربوا من مائها، ويسقوا منه مواشيهم مدة مقامهم ولم يقصدوا التملك بالإحياء، فإنهم لا يملكونها؛ لأن المحيي إنما يملك بالإحياء مدة ما قصد به تملكه، فإنه يكون أحقَّ به مدة مقامه، فإذا رحل فكلُّ من سبق إليه كان أحق به.

وكلُّ موضع قلنا إنه يملك البئر فإنه أحقُّ بمائها بقدر حاجته لشربه، وشرب ماشيته وسقي زرعه، فإذا فضل بعد ذلك شيءٌ، وجب عليه بذلُه بلا عوض لمن احتاج إليه لشربه، وشرب ماشيته من السابلة وغيرهم، وليس له منعُ الماء الفاضل عن حاجته حتىٰ لا يتمكن غيرُه من رعي الكلأ الذي يقرب من ذلك الماء، وإنما يجبُ عليه ذلك لشرب المحتاج إليه وشرب ماشيته، [فأما لسقي زرعه فلا يجب عليه ذلك، ولكنه يُستحب.

وقال أبو عبيد بن حَرْبويه: يُستحب ذلك لشُرب ماشيته][1] وسقي زرعه، ولا يجبُ عليه، ومن الناس من قال: يجبُ عليه بذلُه بعوض لشرب الماشية وسقي الزرع، فأما بلا عوض فلا.

واحتج أبو عبيد بقول النبي ﷺ: «**لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ**»[2] قال: ولأنه لو كان كلأ مملوكًا وبجنبه بئر، ولا يمكنُ سقي المواشي من تلك البئر إلا بالرعي في ذلك الكلأ، لم يلزمْه بذلُ الفاضل من كلئه، وإن كان منعه يؤدي إلىٰ منع الماء المباح فكذلك إذا كان الماءُ له وكان الكلأُ مباحًا لم يلزمه بذل الماء، وإن كان المنع يؤدي إلىٰ منع الكلأ المباح. قال: ولأنه لما لم يجب ذلك لسقي زرعه فكذلك لمواشيه.

ودليلُنا ما روي عن النبيِّ ﷺ قال: «**مَنْ مَنَعَ فَضْلَ المَاءِ لِيَمْنَعَ بِهِ الْكَلَأَ**

---

(١) ليس في (ص).

(٢) أخرجه الدارقطني (٢٨٨٦)، والبيهقي في الكبرىٰ (١١٥٤٥).

مَنَعَهُ اللهُ فَضْلَ رَحْمَتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»(١).

وفيه أدِلةٌ:

أحدها: أنه توعد علىٰ المنع، فدل علىٰ أن البذل واجب.

والثاني: أنه دل علىٰ أن الفاضل هو الذِي يجب بذله، فأما ما تحتاج إليه الماشيةُ ونفسُه وزرعُه، فلا يجب عليه بذله، وهو أحقُّ به من غيره.

والثالث: أنه دل علىٰ أنه يجب عليه البذل بلا عوض.

والرابع: أنه دل علىٰ أنه إنما يجب عليه ذلك للماشية دون غيرها.

وروىٰ ابنُ عباس رضي الله عنهما عن النبيِّ ﷺ قال: «**النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: المَاءِ، وَالنَّارِ، وَالْكَلَأ**»(٢)، وروىٰ جابر رضي الله عنه أن النبيَّ ﷺ نَهَىٰ عن بيْعِ فَضْلِ الماءِ(٣).

فأما الجوابُ عن الخبر الذي احتج به، فهو أن نقول: هو عام وخبرنا خاص، فقضىٰ عليه.

وأما ما ذكره من الكلأ، فهو أن الفرق بين الماء وبينه من وجهين:

أحدهما: أن الماء إذا أُخذ استُخْلف في الحال، ونبع مثلُه، وليس كذلك الحشيش، فإنه إذا أُخذ لا يستخلف بدله في الحال.

والثاني: أن الحشيش يُتمول في العادة، والماءُ لا يتمول في العادة.

وأما الجوابُ عن دليله الأخير، فهو أن الزرع لا حُرمة له، وليس كذلك الحيوان، فإن له حُرمة، ألا ترىٰ أنه لو عطش زرعه فلم يسقه لم يُجبر علىٰ ذلك، ولو عطش حيوانُه أُجْبر علىٰ سقيه، فبان الفرقُ بينهما.

---

(١) أخرجه البخاري (٦٩٦٢)، ومسلم (١٥٦٦).
(٢) أخرجه أحمد (٢٣٠٨٢)، و أبو داود (٣٤٧٧).
(٣) أخرجه مسلم (١٥٦٥).

إذا ثبت أنه يلزمه البذل لما ذكرنا، فإنه لا يلزمه أن يبذل آلته التي هي البكرة، والدلو، والحبل؛ لأنها تُبلىٰ بالاستعمال، ولا تُستخلف، ويفارق الماء لأنه يستخلف في الحال بدله.

• فَصْلٌ •

فأما الذي قد حازه وجمعه في حِبِّه، أو كوزه، أو بِركته، أو مصنعه، فلا يجب عليه بذلُ شيء منه، وإن كان فاضلًا عن حاجته؛ لأنه لا يُستخلف، وحُكْمه كحكم البئر، يجب علىٰ صاحب العين بذل الفاضل عن حاجته لماشية غيره، ولا يلزمه بذله لزرع غيره، والله أعلم.

فصل في المياه

وجملتُه أن الكلامَ فيها في فصلين؛ أحدهما: في ملكها، والآخر: في السقي منها.

فأما الكلامُ في ملكها فهي على ثلاثة أضرب: مباحٌ ومملوكٌ ومختلفٌ فيه.

فأما المباحُ؛ كماء البحر، والنهر الكبير كدجلة والفرات والنيل، ومثل العيون النابعة في موات السهل والجبل، فكلُّ هذا مباح، ولكلِّ أحدٍ أن يستعمل منه ما أراد كيف شاء.

والأصلُ فيه ما روىٰ ابنُ عباس رضي الله عنهما عن النبيِّ ﷺ قال: «**النَّاسُ شُرَكَاءُ فِي ثَلَاثٍ: المَاءِ، وَالنَّارِ، وَالْكَلَأ**»(١)؛ ولأنه حادثٌ في أرض موات فوجب أن يكون مباحًا كالحشيش.

وإن زاد هذا الماء، ودخل أملاكَ الناس واجتمع فيها لم يملكوه؛ لأنه لو نزل مطر واجتمع في ملكه، أو ثلج فمكث، أو فرخ طائر في بستانه، أو توحَّل

(١) أخرجه أحمد (٢٣٠٨٢)، و أبو داود (٣٤٧٧).

ظبيٌ في أرضه لم يملكه، وكان لمن حازه، فكذلك الماء.

وأما المملوكُ؛ فكلُّ ما حازه من الماء المباح من قِربة، أو جرة، أو ساقه إلىٰ بِركة فجمعه فيها، فهذا مملوك له كسائر المائعات المملوكة، ومتىٰ غصب غاصب شيئًا من ذلك وجب رده علىٰ صاحبه.

وأما المختلفُ في كونه مملوكًا، فهو كلُّ ما نبع في ملكه من بئرٍ أو عين، وقد اختلف أصحابنا فيه علىٰ وجهين؛ **أحدهما**: أنه مملوك، وقد نص عليه في القديم، **والثاني**: أنه ليس بمملوك، وذكرنا توجيههما فيما مضىٰ.

فإذا قلنا إنه غير مملوك، فإنه لا يجوز أن يبيعه ولا شيئًا منه كيلًا ولا وزنًا، ولا يجوز أن يبيع جميعه؛ لأنه لا يقدر علىٰ تسليمه، فإنه يختلط به غيره، وإذا باع دارًا فيها بئر ماء لم يدخل الماء في البيع؛ لأنه مودَعٌ فيها غير متصل بها، فهو بمنزلة الطعام في الدار[1].. هكذا قال بعض أصحابنا، ويحتمل أن يقال: يدخل في الدار تابعًا، ومن قال: لا يدخل في البيع تابعًا، قال: إذا شرط صح البيع.

فإن قيل: قد قلتم لا يجوز بيع جميع ما في البئر من الماء، وأجزتم هاهنا، فما الفرق بينهما؟

فالجوابُ: أنه إذا باع البئر مع مائها، فما يحدث من الماء يكون ملكًا للمشتري، ولا يتعذر تسليمُ المبيع إليه، وليس كذلك إذا باع الماء وحده؛ لأنه لا يمكن تسليم المبيع؛ لأنه إلىٰ أن يسلم قد نبع فيه ماء آخر، فاختلط به.

• فَصْلٌ •

وأما السقيُ منه، فإن الماء المباح على ثلاثة أضرب:

---

(١) في (ص): «في الماء في الدار».

ضربٌ: هو ماءُ نهرٍ عظيمٍ مثل دجلة والفرات وغيرهما، والناسُ في السقي منه شرع سواء، ولا يحتاج فيه إلىٰ ترتيب وتقديم وتأخير لكثرته واتساعه.

والثاني: ماءٌ مباحٌ في نهر صغير يأخذ من النهر الكبير، ولا يسعُ جميعَ الأراضي إذا سقيت في وقت واحد، ويقع في التقديم والتأخير نزاع، فهذا يقدم فيه الأقرب فالأقرب إلىٰ أول النهر الصغير.

والأصلُ فيه ما روي أن رجلًا خاصم الزبيرَ في شِراج الحَرَّة التي يسقون بها، فقال الأنصاري: سَرِّح الماء يمر عليه، فأبىٰ عليه الزبير، فقال رسول الله ﷺ: «**اسْقِ يَا زُبَيْرُ، ثُمَّ أَرْسِلِ المَاءَ إِلَى جَارِكَ**»، فغضب الأنصاري وقال: يا رسول الله، أن كان ابن عمتك! فتلون وجه رسول الله ﷺ، وقال: «**اسْقِ يَا زُبَيْرُ، ثُمَّ احْبِسِ المَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ إِلَى الجَدْرِ**» قال الزبير: فواللهِ إني لأحسب هذه الآية نزلت في ذلك ﴿ **فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ** ﴾ الآية[1]، فدل هذا علىٰ أن الأقرب أولىٰ، فإذا استكفي أرسله إلىٰ جاره الذي[2] يليه.

وروي أيضًا أن رجلًا من قريش كان له سهم في بني قريظة، فخاصم إلىٰ رسول الله ﷺ في مهزور السيل الذي يقتسمون ماءه فقضىٰ بينهم رسول الله ﷺ أن الماء إلىٰ الكعبين، ثم لا[3] يحبسه الأعلىٰ عن الأسفل، لكي يرسله إليه.

وأيضًا فإن الأقرب إلىٰ فوهة النهر بمنزلة السابق إلىٰ المشرعة، فوجب

---

(١) أخرجه البخاري (٢٣٥٩) ومسلم (٢٣٥٧).

(٢) في (ف): «إلىٰ»، وهو تصحيف.

(٣) زيادة ضرورية.

أن يكون أولىٰ من الذي هو أبعد منه.

وأما تأويل قصة الزبير[١]، فهو أن النبيَّ ﷺ أمره أولًا بأن لا يستوفي جميع حقه، ويرسل الماء إلىٰ جاره، فلما أساء جارُه الأدبَ أمره النبيُّ ﷺ أن يستوفي حقه، فقال: «**احْبِسِ المَاءَ حَتَّى يَبْلُغَ الجَدْر**» وهو الحائط.

فإن قيل: ففي الحديث الآخر أنه علق الحق بأن يبلغ الماء إلىٰ الكعبين، وهذا مخالف لذلك.

قلنا: ليس فيهما خلاف؛ لأن الماء إذا بلغ الكعبين، وكانت الأرض مستوية رجع الماء إلىٰ الجدار.

إذا تقرر هذا، فإن الأقرب إلىٰ الفوهة يسقي ويحبسُ الماءَ عمن دونه، فإذا بلغ الماءُ الكعبين أرسله إلىٰ جاره، وهكذا الأقرب فالأقرب يفعل كلما حبس الماء، وبلغ في أرضه إلىٰ الكعبين أرسله إلىٰ من يليه، حتىٰ تشرب الأراضي كلها.

فإن كان زرع الأسفل يهلك إلىٰ أن ينتهي الماء إليه، لم يجب علىٰ من فوقه إرساله إليه.

وإذا أحيا علىٰ هذا النهر الصغير رجلٌ أرضًا مواتًا هي أقرب إلىٰ فوهة النهر من أراضيهم، فإنهم أحق بمائه، فإذا فضل عنهم شيءٌ سقىٰ المحيي منه، ولا نقول: إن هذا الماءَ ملكٌ لهم كما إذا حازوه ملكوه، وإنما هو من مرافق ملكهم فكانوا أحقَّ به مع حاجتهم إليه، فما فضل منهم كان لمن أحيا علىٰ ذلك الماء مواتًا.

وأما الذي في نهرٍ مملوكٍ فهو أن يحفروا في الموات نهرًا صغيرًا ليحيوا علىٰ مائه أرضًا، فإذا بدءوا بالحفر، فقد تحجروا إلىٰ أن يصل الحفر بالنهر

---

(١) في (ص): «البئر»، وهو تصحيف.

الكبير الذي يأخذون الماء منه، فإذا وصلوا إليه ملكوه، كما إذا حفروا بئرًا فوصلوا إلىٰ الماء ملكوه.

وإن حفروا معْدِنًا من المعادن الباطنة، وقلنا: يملك في أحد القولين، فإذا وصلوا إلىٰ النيل ملكوه.

إذا ثبت هذا، فإنهم يملكونه علىٰ قدر نفقاتهم عليه، فإن أنفقوا علىٰ السواء كان النهرُ بينهم بالسوية، وإن تفاضلوا كان ملكُهم علىٰ قدر ما أنفقوا.

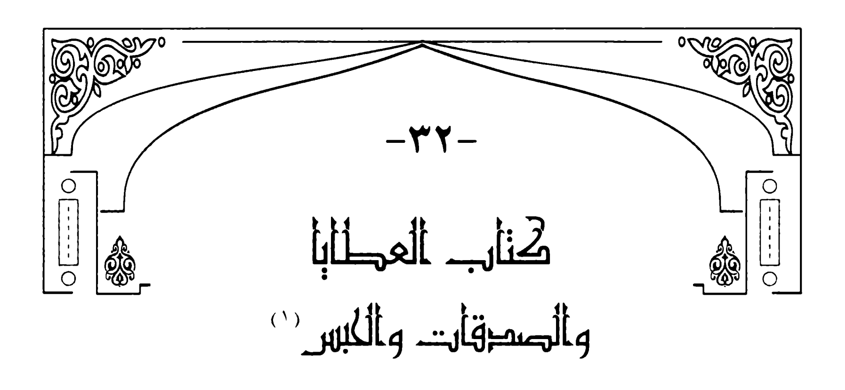
فإذا تقرر هذا، فإن الماء إذا جرىٰ فيه لم يملكوه كما إذا جرىٰ الفيضُ إلىٰ ملكِ رجلٍ واجتمع لم يملكه، ولكن يكون أهلُ النهر أولىٰ به؛ لأن يدهم عليه، وليسَ لأحد أن يزاحِمَهم فيه؛ لأن النهر ملكٌ لهم، ولكلِّ واحدٍ منهم أن ينتفع به علىٰ قدْر الملك؛ لأن الانتفاع به لأجل الملك.

فإن كان الماء كثيرًا يسعُهم أن يسقوا من غير قسمة سقوا منه، وإن لم يسعهم فإن تهايئوا وتراضوا علىٰ ذلك؛ جاز لهم ما تراضوا به.

وإن لم يفعلوا ذلك واختلفوا، نَصَبَ الحاكمُ في موضع القسمة خشبة مستوية الظهر محفرة بقدر حقوقهم، فإن كان لقوم مائة جَرِيب، ولآخر عشرة أجربة، كانت الحفر إحدىٰ عشر حفرة متساوية، فتكون حفرة منها لساقية من له عشرة أجربة، والبواقي لأصحاب المائة جَرِيب، وذلك قسمة الماء العادلة، والله الموفق للصواب.

يليه كتاب العطايا والصدقات والحبس





-٣٢-
كتاب العطايا والصدقات والحبس(١)

◆ قال الشافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (يَجْمَعُ مَا يُعْطَى النَّاسُ مِنْ أَمْوَالِهِمْ ثَلَاثَةُ وُجُوهٍ ثُمَّ يَتَشَعَّبُ كُلُّ وَجْهٍ مِنْهَا فَفِي الْحَيَاةِ مِنْهَا وَجْهَانِ، وَبَعْدَ الوفاةِ وَجْهٌ)(٢).

[**وهذا كما قال**.. وجوه العطايا ثلاثة؛ ففي الحياة منها وجهان، وبعد الوفاة وجه](٣)، فأما الذي يكون بعد الوفاة فهو الوصية، ولها كتابٌ مفردٌ نذكرها فيه إن شاء الله، وأما اللذان في حال الحياة فهما الهبة والوقف، فأما الهبة فلها بابٌ يجيء فيما بعد، وأما الوقفُ فهذا موضعه.

فالوقفُ تحبيسُ الأصل، وتسبيلُ المنفعة، وجمعُه وقوف وأوقاف، فإذا وقف شيئًا زال ملكُه عنه بنفس الوقف، ولزم الوقفُ، فلا يجوز له الرجوع فيه بعد ذلك، ولا التصرفُ فيه ببيع ولا هبة، ولا يجوزُ لأحد من ورثته

---

(١) الحُبُس، بالضم، جمع حبيس، وهو الوقف.
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٣).
(٣) ليس في (ص).

التصرف فيه، وليس من شرط لزومه[١] القبض، ولا حُكم الحاكم، وهو قولُ الفقهاء أجمع، وهو قولُ أبي يوسف ومحمدٍ؛ غير أن محمدًا يقول: من شرط لزومه القبض.

وروىٰ عيسىٰ بن أبان[٢] أن أبا يوسف لما قدم بغداد كان علىٰ قول أبي حنيفة في بيع الأوقاف، حتىٰ حدثه إسماعيل ابن عُلية[٣] بحديث عمر رضي الله عنه[٤] فقال: هذا لا يسع أحدًا خلافه، ولو تناهىٰ إلىٰ أبي حنيفة لقال به، ومنع حينئذٍ من بيعها[٥].

وقال أبو حنيفة: إن حكم الحاكم بالوقف لزم، وإن لم يحكم به لم يلزم، وكان الواقفُ بالخيار إن شاء باعه، أو وهبه، وإن مات ورثه ورثته، وإن أوصىٰ بالوقف يلزم في الثلث.

قال القاضي رحمه الله: قد ناقض أبو حنيفة في هذا؛ لأنه جعل الوقفَ لازمًا في ثلثه في حال مرضه المخوف إذا نجَّزه ولم يؤخره، ولا لازمًا في جميع ماله في حال صحته؛ لأن كل ما لزم في الثلث بوصية لزم [فيه في مرضه إذا نجَّزه، وفي جميع ماله في حال صحته، مثل العتق، فإنه إذا أوصىٰ به لزم][٦] في ثلثه، وإذا نجَّزه في مرضه لزم في ثلثه، وإذا نجَّزه في حال صحته لزم في جميع ماله.

واحتج بأشياء؛ أحدها: ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه قال: لما نزلت سورةُ

---

(١) في (ص): «من شرطه لزوم».

(٢) عيسىٰ بن أبان بن صدقة أبو محمد القاضي، توفي سنة ٢٢١.. أخبار القضاة (٢/ ١٧٠).

(٣) إسماعيل بن إبراهيم بن مقسم، الأسدي، مولاهم، أبو بشر البصري، المعروف بابن علية .. تهذيب التهذيب (١/ ٢٧٧).

(٤) عن ابن عمر أن عمر أصاب أرضًا بخيبر فقال للنبي ﷺ: إني أصبت أرضًا لم أصب مالًا قط أحسن منه، فكيف تأمرني؟ قال: «إن شئت حبست أصلها لا يباع ولا يوهب».

(٥) حكاه الطحاوي في مختصر اختلاف العلماء (٤/ ١٥٨) .

(٦) ليس في (ق) .

النساء، وفرض فيها الفرائض، قال رسول الله ﷺ: «**لَا حَبْسَ بَعْدَ سُورَةِ النِّسَاءِ**»(١).

وروي أن عبد الله بن زيد صاحب الأذان رضي الله عنه جعل حائطًا له صدقة، وجعله إلىٰ رسول الله ﷺ فأتىٰ أبواه النبيَّ ﷺ فقالا: يا رسول الله، لم يكن لنا عيش إلا هذا الحائط، فردَّه رسولُ الله ﷺ ثم ماتا فورثهما(٢)، فدل هذا علىٰ أن وقفه إياه لم يخرجه من ملكه، ولو كان قد أخرجه عن ملكه لم يصح الرد علىٰ أبويه.

وروي عن شُريح قال: جاء محمدٌ ﷺ بإطلاق الحبس(٣)، وروي عن سليمان بن زيد عن أبيه: أن رجلًا وقف وقفًا فأبطله رسول الله ﷺ(٤)، فلو كان قد لزم لم يصح إبطاله.

ومن القياس: أنه قصد إخراج ماله عن ملكه علىٰ وجه الصدقة، فوجب أن لا يلزم بمجرد القول، أصله صدقة التمليك؛ ولأنه عقد علىٰ منفعة فوجب أن لا يزول به الملك عن الرقبة قياسًا علىٰ الإجارة، ولأنه لو قال: «هذه الأرض محرمة لا تورث ولا تباع ولا توهب»، لم تصِرْ وقفًا، ولم يزل

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤٠٦١)، والطبراني (١٢٠٣٣)، والبيهقي (١١٩٠٦)، وفي المعرفة (١٢٢٩٣).

(٢) أخرجه سعيد بن منصور (٢٥١) والدارقطني (٤٤٥٢)، والبيهقي (١١٩١٣) وأعلَّه.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٢١٣٢٧) والبيهقي (١١٩١٠) وحكاه الطحاوي في مختصر اختلاف العلماء (٤/ ١٥٨) ورد عليه، وأخرج البيهقي (١١٩١٢) عن الشافعي قال: اجتمع مالك وأبو يوسف عند أمير المؤمنين فتكلما في الوقوف وما يحبسه الناس، فقال يعقوب: هذا باطل، قال شريح: جاء محمد ﷺ بإطلاق الحبس، فقال مالك: إنما جاء محمد ﷺ بإطلاق ما كانوا يحبسونه لآلهتهم من البحيرة والسائبة، فأما الوقوف فهذا وقف عمر بن الخطاب رضي الله عنه حيث استأذن النبي ﷺ فقال: احبس أصلها وسبل ثمرتها، وهذا وقف الزبير. فأعجب الخليفة ذلك منه، وبقي يعقوب.

(٤) لم نقف علىٰ تخريجه .

ملكُه عنها، وقد أتىٰ بصريح معنىٰ الوقف، فإذا قال «وقفتُها» أو «حبَّستها» أولىٰ أن لا يزول ملكه عنها.

ودليلُنا: ما روىٰ ابنُ عمر أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ملك مائة سهم من خيبر اشتراها، فلما استجمعها قال: يا رسول الله، إني أصبتُ مالًا، لم أصِب مالًا قط مثله، وقد أردتُ أن أتقرب به إلىٰ الله تعالىٰ، فقال النبي ﷺ: «**حَبِّسِ الْأَصْلَ وَسَبِّلِ الثَّمَرَةَ**»[١]، وفي حديثٍ آخر أن النبيَّ ﷺ قال له: «**إِنْ شِئْتَ تَصَدَّقْتَ بِهَا، وَحَبَّسْتَ أَصْلَهَا**» فجعلها عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ علىٰ الفقراء، والمساكين، والغزاة، وفي سبيل الله، وفي الرقاب، وابن السبيل، ولا جناح علىٰ من وليها إن أكل منها بالمعروف ويطعم صديقه غير متمول، وأوصىٰ بها إلىٰ حفصة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ثم إلىٰ الأكابر من أولاد عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ[٢].

والتعلُّق بهذا الحديث من وجهين:

أحدهما: أن النبيَّ ﷺ أمره بأن يحبِّس الأصل، وعند المخالف لا يصحُّ[٣] تحبيس الأصل بحال، **فإن قيل:** بل يصح منه؛ لأنه يقف ويرفع ذلك إلىٰ النبي ﷺ حتىٰ يحكم به، فإذا حكم به لزم، **قيل:** فلا يكون ذلك اللزوم من جهته، إنما يكونُ من جهة الحاكم بالحكم كما يكون ذلك في جميع مسائل الخلاف، وعلىٰ أنه لم ينقل أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ رفع ذلك إلىٰ النبي ﷺ وحكم به، ولو كان فعل ذلك لنقل؛ لأنه أولىٰ بالنقل من غيره.

والتعلُّق الثاني بالخبر: أن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ جعلها صدقة، ثم ذكر أحكامها، فقال: «**لا تُباعُ ولا تُوهبُ ولا تُورثُ**»[٤] فدل ذلك علىٰ أن هذه الأحكام

---

(١) أخرجه الشافعي (٤٥٧)، والحميدي (٦٦٧).

(٢) أخرجه البخاري (٢٧٧٣).

(٣) في (ث)، (ق): «يقع»!

(٤) أخرجه أحمد (٤٦٠٨)، والنسائي (٣٥٩٩).

تتعلق بها إذا صارت صدقة وإن لم يحكم بها الحاكم.

ويدلُّ علىٰ ذلك إجماعُ الصحابة؛ لأن أبا بكر، وعمر وعثمان، وعليًّا، وطلحة، والزبير، وأنسًا، وأبا الدرداء، وعبد الرحمن بن عوف، وفاطمة، وغيرهم رضي الله عنهم أجمعين وقفوا دورًا، وبساتين، ولم يُنقل عن أحد منهم أنه رجع في وقفه، فباع منه شيئًا، ولا عن أحد من ورثتهم - مع اختلاف هممهم، فلو كان ذلك جائزًا لنقل عن أحد منهم الرجوع.

ومن القياس: أنه تصرفٌ يلزم بالوصية، فجاز أن يلزم في حال الحياة من غير حكم الحاكم، أصله: إذا بنىٰ مسجدًا، فإنه يلزم من غير حكم الحاكم، وقد قال أبو حنيفة: إذا أذن لقوم فصلوا فيه صار مُحبَّسًا وثَبَتَ وقفُه، وكذلك إذا عمل مقبرةً وأراد أن يقفها، فأذن لقوم، فدفنوا فيها ثَبَتَ الوقف، ولأنه إزالة ملك يلزم بحكم الحاكم، فجاز أن يلزم بغير حكمه، أصله: سائر أنواع التصرف التي تزيل الملك[١].

فأما الجوابُ عن حديث ابن عباس، فمن وجهين:

أحدهما: أنه أراد به حبس الزانية، وذلك قوله تعالىٰ: ﴿**فَأَمْسِكُوهُنَّ فِي ٱلْبُيُوتِ حَتَّىٰ يَتَوَفَّىٰهُنَّ ٱلْمَوْتُ أَوْ يَجْعَلَ ٱللَّهُ لَهُنَّ سَبِيلًا**﴾ وقد بين النبيُّ ﷺ السبيل فقال: «**الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ، وَالثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ جَلْدُ مِائَةٍ وَالرَّجْمُ**»[٢].

والثاني: أنه أراد به ما بيَّنه في خبر آخر، وهو قولُه ﷺ: «**إِنَّ اللهَ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ**»[٣]، فكأنه قال: لا يُحبس عن وارث شيء جعله الله له.

(١) سيأتي البحث في ذلك (ص ٣٣٩).

(٢) أخرجه الشافعي(٢٥٢)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار (٢٤٢).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٨٧٠)، والترمذي (١٢٦٥)، والنسائي في الكبرىٰ (٥٧٤٩).

وأما الجوابُ عن حديث عبد الله بن زيد، فهو أن ذلك الحائط ما كان له إنما كان لأبويه، بدليل أنه روي في الخبر «ثم ماتا فورثهما».

وأما الجوابُ عن حديث شريح، فهو أن نقول: هذا مرسل؛ لأن شريحًا تابعي، ولا نقول بالمراسيل، أو نقول: أراد بذلك الأحباس التي كانت تفعلها الجاهلية، وقد ذكرها الله تعالىٰ في كتابه العزيز فقال: ﴿مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٍ﴾ الآية.

وأما الجوابُ عن الخبر الآخر، فهو أنه لا حجة فيه؛ لأنه يجوز أن يكون ذلك الوقفُ ما صح لمعنىٰ عرض فيه، فرده لذلك المعنىٰ، وذلك الردُّ لا يدلُّ علىٰ بطلان الحبس، كما لو روي أن رجلًا باع بيعًا فرده رسولُ الله ﷺ لم يدل ذلك علىٰ أن جنس البيع باطل.

وأما قياسُهُم على صدقة التمليك، فإنا نقلِبه، فنقول: فوجب أن يكون وجود حكم الحاكم وعدمه سواء، أصله: ما ذكروه، ثم لا يمتنع أن لا يلزم بمجرد القول إذا أخرجه بلفظ الصدقة، وإذا أخرجه بلفظ الوقف لزم، ألا ترىٰ أن هبة العبد لا تلزم بمجرد القول، وعتقه يلزم بمجرد القول.

وأما قياسُهُم على عقد الإجارة، فهو أنَّا لا نسلِّم أنه عقدٌ علىٰ منفعة، وإنما هو عقدٌ علىٰ الرقبة؛ لأن الوقف يزيل الملك عن الرقبة فهو كالعتق.

وأما استدلالُهُم الأخيرُ، فهو أنه لا يمتنع أن لا يلزم إذا أتىٰ بصريح المعنىٰ، ويلزم إذا أتىٰ بلفظه، كما إذا قال في عقد النكاح: «أحللتُ لك هذه المرأة وأبحتُها لك» لم يصح النكاح، وقد صرح بمعناه، ولو قال: «زوجتُك» أو «أنكحتُك» جاز ذلك، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

ذكر أصحابُنا تفسير السائبة، والبحيرة، والوصيلة، والحام.

فأما السائبةُ، فهي الناقةُ تلد عشرة بطون، كلها إناث، فتسيب تلك الناقة، فلا تُحلب إلا للضيف، ولا تُركب.

والبحيرةُ، ولدُها الذي تجيء به في البطن الحادي عشر، فإذا كان أنثىٰ فهي البحيرة، وإنما سموها بذلك لأنهم كانوا يبحرون أذنها، أي يشقونها، والبحر: الشق، ولهذا سموها، [وبه سُمي][1] البحر بحرًا؛ لأنه شق في الأرض.

وأما الوصيلةُ، فهي الشاةُ تلد خمسة بطون، في كل بطن عناقان، فإذا ولدت بطنًا سادسًا ذكرًا أو أنثىٰ قالوا: وصلت أخاها، فما ولدت بعد ذلك يكون حلالًا للذكور، وحرامًا علىٰ الإناث.

وأما الحام، فهو الفحلُ ينتج من ظهره عشرة بطون، فيسيب، ويقال حمىٰ ظهره، فكان لا يركب.

• فَصْلٌ •

ليس من شرط لزوم الوقف عندنا القبضُ، وقال محمد بن الحسن: من شرط لزومه القبضُ، واحتج بأن الوقفَ عطية، فكان من شرط لزومها القبضُ كالهبة.

ودليلُنا قولُ النبيِّ ﷺ لعمر رضي الله عنه: «**حَبِّسِ الْأَصْلَ وَسَبِّلِ الثَّمَرَةَ**»[2] ولم يأمره بالإقباض، ولأنه جعل إليه التحبيس، وعند المخالف لا يملك الواقف التحبيس؛ لأنه لا يصير بوقفه لازمًا حتىٰ يقبضه من غيره، وذلك سببٌ من جهة غيره، ولأن عمر رضي الله عنه وقف تلك السِّهام التي ملكها من أرض خيبر، فكان يلي صدقته حتىٰ قبضه الله عز وجل، [وكذلك وقفَ عليٌّ رضي الله عنه ولم

(١) ليس في (ص)، (ف).

(٢) أخرجه الشافعي (٤٥٧)، والحميدي (٦٦٧).

يزل يلي صدقته حتىٰ قبضه الله عز وجل][(١)] ولم تزل فاطمة رضي الله عنها تلي صدقتها حتىٰ لقيت الله، فدل ذلك علىٰ أن الوقف يلزم قبل القبض.

فأما ما ذكره المخالفُ، فهو أنَّا لا نسلِّم أنه عطية؛ لأن الوقف بمنزلة العتق، والعتقُ لا يسمىٰ عطية فكذلك الوقف.

ثم المعنىٰ في الأصل أن ذلك تمليك، بدليل أن الموهوبَ له يملك التصرف في الموهوب بالبيع وغيره، وليس كذلك الوقف؛ لأنه ليس بتمليك، بدليل أن الموقوفَ عليه لا يملكُ التصرفَ فيه ببيع ولا غيره.

• فَصْلٌ •

إذا وقف أرضًا، أو دارًا، فالمذهبُ الصحيحُ أن ملك الواقف يزولُ عن الموقوف بالوقف، كما يزولُ بالبيع وغيره، وخرَّج أبو العباس فيه قولًا آخر أنه لا يزول ملكه.

واحتج من نصره بقول النبي ﷺ: «**حَبِّسِ الْأَصْلَ وَسَبِّلِ الثَّمَرَةَ**»[(٢)] وتحبيسُ الأصل يدلُّ علىٰ بقاء الملك. وهذا غلطٌ؛ لأن الوقفَ سببٌ يقطع تصرف الواقف في الرقبة والمنفعة، فوجب أن يزيل الملك، الدليلُ عليه: البيعُ والعتقُ وغيرهما.

وأما الجوابُ عما ذكروه، فهو أن المراد به التحبيس ذكره أبو العباس.

فإذا ثبت أن ملكَ الواقف يزولُ عن الموقوف، فهل يزولُ إلىٰ الموقوف عليه فيملكه، أو ينتقل ملكه إلىٰ الله تعالىٰ؟ اختلف أصحابُنا في ذلك علىٰ ثلاثة طرق؛ منهم من قال: المسألة علىٰ قولين:

---

(١) ليس في (ق).

(٢) أخرجه الشافعي (٤٥٧)، والحميدي (٦٦٧).

أحدهما: أن الملكَ ينتقلُ إلىٰ الله تعالىٰ، ولا ينتقلُ إلىٰ الموقوف عليه، والذي يدلُّ عليه من كلام الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في هذا الباب[1] أنه قال: كما يملك المُحبَّس عليه منفعة المال لا رقبته.

والقول الآخر: أنه ينتقلُ إلىٰ الموقوف عليه، والذي يدلُّ عليه من كلام الشافعي، أنه ذكر في كتاب الشهادات أن الرجل إذا ادعىٰ وقفًا عليه، فأقام شاهدًا واحدًا حلف معه، وهذا يدل علىٰ أن الملك قد انتقل إليه، وخالف ذلك العتق؛ لأنه لا يقبل فيه اليمين والشاهد، فلو ادعىٰ العبدُ أن سيده أعتقه، وأقام علىٰ ذلك شاهدًا واحدًا لم يحلف معه.

فإذا تقرر القولان، فإن قلنا: إنه ينتقل الملكُ إلىٰ الموقوف عليه، فوجهُهُ أن الوقف لا يُخْرِجُ الموقوفَ عن المالية، ألا ترىٰ أنه يضمن بالغصب وتثبت عليه اليد، وليس فيه أكثر من أنه لا يملك بيعه، وذلك لا يدل علىٰ أنه ما ملكه؛ لأن السيد لا يبيع أم الولد، وهي ملكٌ له، وإذا قلنا: إن الملك ينتقل إلىٰ الله تعالىٰ، فوجهُهُ أنه إزالة ملك عن الرقبة والمنفعة علىٰ وجه التقرب إلىٰ الله تعالىٰ، فوجب أن ينتقل الملك إليه كالعتق.

والجوابُ عن دليل القول الأول، هو أنه ينتقضُ بحصير المسجد وبواريه[2] فإنها تُضمن باليد، وليست ملكًا لأحد من الآدميين.

وأما الطريقةُ الثانيةُ فمِن أصحابِنا مَن قال: إن الملكَ ينتقلُ إلىٰ الله تعالىٰ قولًا واحدًا، كما ذكر الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ هاهنا، وما ذكره في الشهادات من قبول الشاهد واليمين علىٰ الوقف فإن ذلك لا يدلُّ علىٰ أن الملك قد انتقل إلىٰ الموقوف عليه؛ لأن الوقف وإن كان ينتقلُ ملكُه إلىٰ الله تعالىٰ فإن المقصود

---

(١) في (ق): «أنه ذكر في هذا الباب».

(٢) جمع باري وهو الحصير، ويقال له البورياء بالفارسية.

به انتفاع الموقوف عليه، فإن كان دارًا فالمقصود به أن يأخذ غلته، وإن كان بستانًا فالمقصود به أن يأخذ ثمرته، وذلك المقصودُ مال، وكلُّ ما كان المقصودُ به مالًا قُبِل فيه الشاهد واليمين.

وأما الطريقةُ الثالثةُ فإن مِن أصحابِنا مَن قال: إن الملك ينتقل إلىٰ الموقوف عليه قولًا واحدًا، والذي ذكره الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ هاهنا فإنما أراد به لا يملك بيع الموقوف، كما لا يملك المعتق بيع رقبته.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (وَبَنُو هَاشِمٍ وَبَنُو الْمُطَّلِبِ مُحَرَّمٌ عَلَيْهِمْ الصَّدَقَاتُ الْمَفْرُوضَاتُ)[١].

وهذا كما قال.. جملةُ ذلك أن الناس علىٰ ثلاثة أضرب: النبيُّ ﷺ، وأهلُ بيته، وسائرُ الناس.

فأما النبي ﷺ فكانت الصدقةُ المفروضةُ محرمةً عليه بدليل قوله ﷺ: «**إِنَّا أَهْلُ بَيْتٍ لا تَحِلُّ لَنَا الصَّدَقَةُ**»[٢].

وروي أنه ﷺ رأىٰ تمرةً ملقاةً فقال: «**لَوْلا أَنِّي أَخْشَى أَنْ تَكُونَ مِنْ تَمْرِ الصَّدَقَةِ لأَكَلْتُهَا**»[٣] ولأن الصدقاتِ أوساخُ الناس، وما كان من أوساخ الناس فإن النبي ﷺ منزهٌ عنه.

وأما صدقةُ التطوع، فكان النبي ﷺ لا يقبلها، وروي أن سلمان الفارسي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حمل إليه تمرًا في طبق، فقال: «**مَا هَذَا؟**» قال: صدقة، فرده، ثم حمل إليه يومًا آخر مثل ذلك، فقال: «**مَا هَذَا؟**» قال: هدية، فقبله.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٣).

(٢) أخرجه النسائي في الكبرىٰ (٢٦٠٠)، وابن خزيمة (٣٤٦).

(٣) أخرجه البخاري (٢٠٥٥)، ومسلم (١٠٧١).

وروي أنه ﷺ أكل من لحم تُصُدِّق به علىٰ بريرة، وقال: «**هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ، وَلَنَا هَدِيَّةٌ**»(١).

وهل كان ذلك الامتناع لأجل التحريم، أو لأجل الاستحباب؟ **فيه قولان:**

أحدهما: لأجل التحريم؛ لأنه رد الصدقة علىٰ سلمان، ولو لم تكن محرمةً عليه لما ردها، ولكان يطيب قلبه بقبولها، والذي يدلُّ علىٰ ذلك أنه قال للصعب بن جثَّامة لما ردَّ حماره الذي أهداه إليه، ورأىٰ الكراهة في وجهه: «**لَيْسَ بِنَا رَدٌّ عَلَيْكَ وَلَكِنَّا حُرُمٌ**»(٢)، ويدل عليه قوله ﷺ في اللحم الذي تُصُدِّق به علىٰ بريرة: «**هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ**»(٣)، وروي عنه ﷺ أنه قال: «**إِنَّا أَهْلُ بَيْتٍ لا تَحِلُّ لَنَا الصَّدَقَةُ**»(٤) وهذا عام.

وإذا قلنا: إن ذلك الامتناع كان علىٰ وجه التنزه [لا التحريم، فوجهه: أن كل من حلت له الهديةُ حلَّتْ له الصدقة المتطوع بها كغيره ﷺ، ولأن أهل بيته تحرُم عليهم الصدقة المفروضة، وتحلُّ لهم الصدقة المتطوع بها وكذلك النبي ﷺ.

فأما أهلُ بيته فالصدقةُ المفروضةُ محرمةٌ عليهم بدليل قوله ﷺ: «**إِنَّا أَهْلُ بَيْتٍ لا تَحِلُّ لَنَا الصَّدَقَةُ**»](٥)، وقوله للفضل رضي الله عنه: «**أَمَا في خُمْسِ الخُمُسِ مَا يُغْنِيكُم عن أوسَاخِ النَّاسِ**»(٦)، وروي أن الحسن رضي الله عنه أخذ تمرةً من الصدقة

---

(١) أخرجه البخاري (١٤٩٣)، ومسلم (١٠٧٤).

(٢) أخرجه البخاري (٢٥٩٦).

(٣) أخرجه البخاري (١٤٩٣)، ومسلم (١٠٧٤).

(٤) أخرجه النسائي في الكبرىٰ (٢٦٠٠)، وابن خزيمة (٣٤٦).

(٥) ليس في (ق).

(٦) أخرجه مسلم (١٠٧٢).

فلاكها، فقال له النبي ﷺ: «كَخْ كَخْ»[١] يعني ارمِ بها.

وأما صدقةُ التطوع، فكانت حلالًا لهم، والدليلُ عليه ما روىٰ الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ عن جعفر بن محمد أنه كان يشرب الماء من السقايات التي بين مكة والمدينة، فقيل له في ذلك، فقال: إنَّما حُرِّمَتْ عَلَيْنَا الصَّدَقَةُ المَفْرُوضَةُ[٢].

إذا ثبت هذا، فنعني بأهل بيت رسول الله ﷺ وبذوي القربىٰ بني هاشم وبني المطلب، فهم الذين تحرمُ عليهم الصدقةُ المفروضة، وسهم ذوي القربىٰ لهم.

فأما آلُ رسول الله ﷺ الذين يُذْكرون في التشهد، فقد قيل: هم بنو هاشم وبنو المطلب، وقيل: هم المؤمنون كلهم، فآل الرجل أتباعه وأشياعه، كما قال الله تعالىٰ: ﴿أَدْخِلُوٓا۟ ءَالَ فِرْعَوْنَ أَشَدَّ ٱلْعَذَابِ﴾ [غافر: ٤٦] وأراد به أشياع فرعون.

وأما سائرُ الناس فتحل الصدقات كلها عليهم المفروضة وغير المفروضة، والله أعلم بالصواب.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال الشافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (وَيَجُوزُ الْحَبْسُ فِي الرَّقِيقِ وَالْمَاشِيَةِ إِذَا عُرِفَتْ بِعَيْنِهَا قِيَاسًا عَلَى النَّخْلِ وَالدُّورِ وَالْأَرَضِينَ)[٣].

وهذا كما قال.. يجوز وقفُ العقار والدور والأراضي، والرقيق، والماشية، والسلاح، وكلُّ عين تبقىٰ بقاءً متصلًا ويمكن الانتفاع بها.

---

(١) أخرجه البخاري (١٤٩١)، ومسلم (١٠٦٩).

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرىٰ (١٢٠٣٩)، وفي المعرفة (١٢٣٩٠).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٣).

وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا في الأراضي، والدور، والكُراع، والسلاح، والغلمان تبعًا للضيعة الموقوفة، فأما وقف الغلمان وغيرهم من الحيوان علىٰ الانفراد فلا يصح.

واحتج من نصره بأن ما عدا الأرض والدور لا تثبت فيه الشفعة، ولا يُستحق بالشفعة، فلم يصح وقفه كالأطعمة والمشمومات.

ودليلُنا ما روي أن أُم معقِل جاءتِ النبيَّ ﷺ فقالت: يا رسول الله، إن أبا مَعْقِلٍ جعل ناضحه في سبيل الله، وإني أريد الحج، أفأركبه؟ فقال النبي ﷺ: «**ارْكَبِيهِ؛ فَإِنَّ الحجَّ والعمرةَ من سبيلِ اللهِ**»(١)، وروي أن النبيَّ ﷺ بعث عمر رضي الله عنه ساعيًا، فلما رجع، شكا ثلاثةً أحدُهم خالد بن الوليد رضي الله عنه فقال: «**أما خالدٌ فإنَّكم تظلمون خالدًا؛ إنَّه قد حَبَسَ أدرُعَه وأعتُدَه**»(٢).

ومن جهة المعنىٰ أنها عينٌ يجوز بيعُها، ويمكن الانتفاعُ بها مع بقائها المتصل، فجاز وقْفُها كالدور.

وقولنا: (عين) احترازٌ مما يكون في الذمة؛ لأنه لو كان له في ذمة رجل حيوان من سَلَم أو غيره، فوقفه لم يصح.

وقولنا: (يجوز بيعه) احترازٌ من أم الولد والحر.

وقولنا: (يمكن الانتفاع بها) احترازٌ من الحشرات التي لا ينتفع بها.

وقولنا: (مع بقائها) احترازٌ من الطعام؛ فإنه ينتفع به، ولكنه يتلف بالانتفاع.

وقولنا: (المتصل) احترازٌ من المشمومات؛ لأنه لا يتصلُ بقاؤها، وإنما تبقىٰ يومًا واثنين وثلاثة فقط.

---

(١) أخرجه أبو داود (١٩٨٨).

(٢) أخرجه البخاري (١٤٦٨)، ومسلم (٩٨٣).

ولأن كل ما جاز وقفُه تبعًا لغيره، جاز وقفُه منفردًا كالشجرة؛ لأنها وقفٌ تبعًا للأرض، وتوقف منفردة عنها؛ ولأن المقصود من الوقف انتفاع الموقوف عليه به، وهذا المعنىٰ موجودٌ فيما عدا الأرض والعقار، فجاز وقفه.

فأما الجوابُ عما ذكروه، فهو أنه منتقضٌ بالكراع والسلاح، فإنه لا تثبت فيه الشفعة، ويصح وقفه، ثم إن الشفعة إنما اختصت بالأرض والعقار؛ لأنها إنما تثبت لإزالة الضرر الذي يلحق الشريكَ علىٰ الدوام، وإنما يدومُ الضررُ فيما لا ينقل، وما ينقل فلا يدومُ الضرر فيه، فلهذا لم تثبت فيه الشفعة، وليس كلك الوقف؛ لأنه إنما جاز الانتفاع الموقوف عليه، وهذا المعنىٰ موجودٌ فيما ينقلُ ويُحول، إذا كان علىٰ الأوصاف التي ذكرناها فجاز وقفه.

إذا ثبت هذا، فكلُّ عينٍ جاز بيعُها وأمكن الانتفاع بها مع بقائها المتصل فإنه يجوز وقفُها إذا كانت معينة.

فأما إذا كانت في الذمة أو مطلقة، وهو أن يقول: «وقفتُ فرسًا» أو «عبدًا» فإن ذلك لا يجوز؛ لأنه لا يمكن الانتفاع به ما لم يتعين، ولا يمكن تسليمُه، ولهذا قلنا: لا يجوز أن يبيع ثوبًا مطلقًا؛ لأنه لا يمكن تسليمه والإجبار عليه.

فأما الكلبُ فالذي نص عليه الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه لا يجوز وقفه؛ لأنه ليس بمملوك، وأما الدراهمُ والدنانيرُ فهل يجوز وقفها؟ علىٰ وجهين كما قلنا في إجارتها[1]، والصحيحُ أنه لا يجوز؛ لأنه لا منفعة لها مقصودة غير التصرف فيها، وما عدا ذلك من الثياب، والأواني، والفرش، والدواب فإنه يجوز وقفها.

• فَصْلٌ •

يجوز وقفُ المشاع، وقال محمد بن الحسن: لا يجوز؛ لأن من شرط

---

(١) ينظر كتاب الإجارات في هذا الجزء (ص ٢٠٥).

لزوم الوقف القبضَ، والمشاعُ لا يمكن قبضُه، وهذا غلطٌ، لما روي عن عمر ﵁ أنه ملك مائة سهم وحبسها وجعلها صدقة، بعد أن قال له النبي ﷺ: «**حَبِّسِ الأَصْلَ وَسَبِّلِ الثَّمَرَةَ**»[1]، وقد ملك ذلك مشاعًا؛ لأن النبيَّ ﷺ ما قسم خيبر، وإنما عدل السِّهام، وتركها مطلقة من غير أن تُقسم وتُعين، ثم إن عمر ﵁ عيَّن ذلك وقسمه في زمانه.

ولأنه عقدٌ يجوزُ علىٰ بعض الجملة للواحد مقسومًا، فجاز علىٰ بعضها مشاعًا، أصله: البيع؛ ولأن المخالفَ يجوزُ للشريكين أن يقفا حصتهما، وهذا وقف المشاع؛ لأن حصة كل واحد منهما تصير موقوفة، وهي مشاعة، فكذلك يجوز أن يفردها بالوقف.

وأما الجوابُ عن قول محمد إنه لا يمكن قبضُه، فليس كذلك؛ لأن قبض المشاع ممكن، والذي يدلُّ علىٰ ذلك أن القبض في البيع شرط الانبرام واللزوم، ويلزم البيع في المشاع بقبضه، وأجمعنا علىٰ جواز البيع ولزومه بالقبض، فدل ذلك علىٰ إمكان القبض فيه وتأتِّيه.

• فَصْلٌ •

إذا وَقَفَ حصتَه من أرض صح ذلك، ولا تثبتُ فيه الشفعة للشريك؛ لأنَّا إن قلنا: إن الملك قد انتقل إلى الله، فلمعنيين:

أحدهما: أنه غير مملوك لآدمي، وإنما تثبت الشفعة فيما ملكه الآدمي.

والثاني: أنه انتقل الملك عن مالكه بغير عوض، فهو كالهبة.

ولأن الشِّقص إنما يُستحق بالشفعة إذا استحقت الشفعة به، والموقوفُ لا تستحق به الشفعة في المطلق، فكذلك لا تثبت فيه الشفعة، وهذا المعنىٰ

---

[1] أخرجه الشافعي (٤٥٧)، والحميدي (٦٦٧).

يحصل علىٰ القولين معًا.

فإذا أراد الشَّريكُ صاحبُ الطلق أن يقاسمه صاحب الوقف، فإن قلنا: القسمة بيع، لم يجز؛ لأن بيع الوقف لا يجوز، وإن قلنا: هي فرز النصيبين، فإن لم يكن فيها ردٌّ جاز، وإن كان فيها ردٌّ من صاحب الوقف [علىٰ صاحب](١) الطلق جاز؛ لأنه يزيد في الوقف، وإن كان فيها رد من صاحب الطلق علىٰ صاحب الوقف لم يجز؛ لأنه يبيع جزءًا من الوقف، وذلك لا يجوز، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

إذا وقف حصته من عبدٍ له صح ذلك، فإن أعتقه الواقفُ، لم ينفذ فيه العتق؛ لأن ملكه زال عنه بلا خلاف، وإذا أعتقه الموقوفُ عليه، لم ينفذ فيه عتقُه أيضًا؛ لأنا إن قلنا: إن ملكه قد انتقل إلىٰ الله، فليس بمملوك له، وإن قلنا: انتقل إليه، فقد تعلق به حقُّ البطون التي بعده، فليس له أن يبطل حقهم بإعتاقه إياه، كما ليس للراهن أن يبطل حق المرتهن الذي تعلق بالعبد المرهون بإعتاقه إياه، وإن أعتق الشريكُ حصته نفذ عتقُه فيه، ولا يسري في النصف الموقوف، ولا يقوَّم عليه موسِرًا كان أو معسِرًا؛ لأن النصفَ الموقوفَ لا ينفذ فيه العتق المباشر، وهو أقوىٰ، فأولىٰ أن لا ينفذ فيه عتق السِّراية لأنه أضعف.

• فَصْلٌ •

إذا وقف غلامًا وشرط أن تكون نفقته في كسْبه أو في شيء آخر، كان على ما شرط، فإن أطلق ذلك كانت في كسْبه، لأن القصد بالوقف انتفاعُ الموقوف

---

(١) ليس في (ص)، (ف).

عليه، وإنما يمكنه ذلك ببقاء عين الوقف، وإنما تبقىٰ عينُه بالنفقة، فيصير كأنه شرطها في كسبه.

فأما إذا زمِن العبدُ في شرائه أو شاخ وضعف، فلم يقدر علىٰ الكسب فأين تكون نفقته؟ إذا قلنا: إن الملك انتقل إلىٰ الموقوف عليه فنفقته في ماله؛ لأنه عبده، وإن قلنا: إن الملك انتقل إلىٰ الله تعالىٰ فنفقته في مال بيت المال، وهو مال الله تعالىٰ، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

إذا جنى العبدُ الموقوفُ، فلا يخلو من أن تكون جنايتُه عمدًا توجبُ القصاصَ، أو خطأً توجبُ المالَ، فإن كانت عمدًا توجبُ القصاص، لزمه القصاص؛ لأنه لو كملت حريتُه للزمه القصاص، فإذا لم تكمل فأولىٰ به أن يلزمه.

إذا ثبت هذا، فإن كانت تلك الجناية قتلًا، قُتِل، وبطل الوقفُ، وإن كانت قطعًا قُطع، وبقي الباقي وقفًا، كما كان.

فأما إذا كانت الجناية موجبةً للمال، فإن المال لا يتعلقُ برقبته؛ لأنه إنما يتعلق برقبة من يباع فيه، فأما رقبة من لا يباع، فإن الأرش لا يتعلق بها، كرقبة أم الولد، لا يتعلق أرشُ جنايتها بها؛ لأنها لا تباع، ويفارق رقبة المرهون حيث قلنا: يتعلق الأرش بها؛ لأنها تباع فيه.

إذا ثبت هذا، فأين محلُّ أرش هذه الجناية؟ إن قلنا إن الملك قد انتقل إلىٰ الموقوف عليه، فهي في ماله، وإن قلنا إن الملك قد انتقل إلىٰ الله تعالىٰ، ففيه ثلاثة أوجه:

ما قال أبو إسحاق[1]: يكونُ في مال الواقف؛ لأنه قال: هو الذي منع

---

(١) وهذا الوجه الأول.

رقبة العبد أن يتعلق بها الأرش مع بقاء رقه، فهو كسيد أم الولد حيث تعلق أرشُ جنايتها بماله، ويفارق العبد إذا أعتقه، حيث قلنا يتعلق بذمته؛ لأنه حصل له ذمة بإعتاقه إياه، وهاهنا ما حصل له ذمة؛ لأنه ما أعتقه، وهو علىٰ رقه.

والوجه الثاني: يكون في بيت المال كالحر المعسر إذا جنىٰ جناية خطأ.

والثالث: يكون في كسب العبد؛ لأن أقرب الأشياء إلىٰ رقبته كسبه، فإذا تعذر تعلُّق أرش جنايته برقبته تعلَّق بما هو أقرب إليها.

فأما إذا جني علىٰ العبد الموقوف، فقُتل، وجبت قيمتُه؛ لأن الواقفَ ما أخرجه عن المالية؛ لأنه تثبت عليه اليد، ويُضمن بالغصب، فكذلك بالجناية.

وما يُعمل بقيمته؟ اختلف أصحابنا فيها علىٰ طريقين؛ فمنهم من قال: يشتري به عبدًا آخر، ويقام مقامه، قولًا واحدًا، سواء قلنا إن الملك انتقل إليه، أو إلىٰ الله تعالىٰ؛ لأن حقَّ البطون الأُخر قد تعلق برقبة العبد الموقوف، فإذا فاتت أقيم غيرها مقامها، ومِن أصحابِنا مَن قال: بنينا علىٰ القولين، فإن قلنا إن الملك انتقل إلىٰ الله تعالىٰ، اشترىٰ بها غيره، وأقيم مقامه، وإن قلنا إن الملك انتقل إلىٰ الموقوف عليه دُفعت القيمة إليه.

• فَصْلٌ •

إذا وقف جاريةً صح ذلك، وهل يجوز تزويجها أم لا؟ فيه وجهان؛ أحدهما: يجوز؛ لأن ذلك عقد معاوضة، فهو كإجارتها، **والثاني**: لا يجوز لمعنيين؛ أحدهما: أن قيمتها تنقص بذلك؛ لأن قيمة الجارية المزوجة أنقص من قيمتها غير مزوجة، ولأن النكاح سببُ الإحبال؛ لأنه يبيح الوطء، والوطء يفضي إلىٰ الإحبال ويخاف علىٰ الآدميات من الإحبال، فلم يجز ذلك.

فإن قلنا لا يجوز، فلا كلام، وإن قلنا يجوز، فعلىٰ القول الذي يقول إن الملكَ ينتقل إليه، يكونُ هو الذي يزوجها، وعلىٰ القول الآخر يزوجها الحاكم، فإذا زوجت، صح النكاح، ووجب المهر، ويكون للموقوف عليه علىٰ القولين معًا؛ لأنه من كسبها، وجميع أكسابها له، فإذا ولدت كان الولد رقيقًا؛ لأن ولد المملوكة من الزوج مملوك، وكذلك لو لم تزوج واستكرهها إنسان، فوطئها، وأتت بولد، فإن المهرَ يكونُ للموقوف عليه، ويلزم الواطئَ الحدُّ، والولدُ رقيقٌ، وفي ولدها من الزاني المستكره، ومن الزوج وجهان؛ **أحدهما**: أنه يكون للموقوف عليه؛ لأنه نماؤها، فهو ككسبها، وكثمرة البستان الموقوف، **والثاني**: يكون كأمه[1] موقوفًا؛ لأن ولد كل ذات رحم في رحمها كولد أم الولد يعتق بموت السيد، كما تعتق أمه بموته، وكذلك ولد الأضحية والهدي يكون في حكمها.

إذا ثبت هذا، فإن قلنا: يكون الولد طلقًا فهو له، فإن قتل، فقيمته له، وإن قلنا يكون موقوفًا كالأم، فإن قتل فقيمته علىٰ الطريقين، فمِن أصحابِنا مَن قال: يشتري بها آخر فيقام مقامه علىٰ القولين معًا، ومنهم من قال: يبنىٰ علىٰ القولين، فإن قلنا: ينتقل إليه، فهو له، وإن قلنا: إلىٰ الله تعالىٰ: اشترىٰ بها آخر.

فأما إذا وطئها رجلٌ بشبهة وجب المهر، ويكون له؛ لأنه من كسبها، والولد حر، وعلىٰ الواطئ قيمتُه، ولمن يكون؟ إن قلنا إن الولد إذا كان مملوكًا يكون طلقًا، فالقيمة للموقوف عليه، وكذلك إن قلنا يوقف كالأم، وإذا قُتل كانت القيمة له علىٰ أحد القولين في إحدىٰ الطريقين، وإن قلنا علىٰ القول الآخر أو الطريق الآخر فإنه يشتري بها آخر، ويقام مقامه.

وأما إذا وطئها الواقف، فالحُكْم فيه كما لو وطئها الأجنبي، وقد ذكرنا

---

(١) في (ف): «كأنه»، وهو تصحيف.

حُكْمه، وأما الموقوفُ عليه فليس له أن يطأها؛ لأنا إن قلنا إن الملك قد انتقل إلىٰ الله تعالىٰ فليست ملكه، وإن قلنا: قد انتقل الملكُ إليه فملكُه غير تام عليها، فلم يحلَّ له وطؤها، فإن خالف ووطئها فلا حدَّ عليه للشبهة، والولد حر.

وكلُّ موضع قلنا لا تكونُ القيمة له[1] ويشتري بها آخر، فكأنه أخذت منه القيمة، واشتري بها آخر يوقف مع الأم، وأما المهرُ فلا يلزم؛ لأنه لو وجب لكان له؛ لأنه من كسبها، وهل تصير أم ولد أم لا؟ إن قلنا إن الملك قد انتقل إلىٰ الله تعالىٰ لم تصر أم ولد له؛ لأنها علقت بالولد الحر في غير ملكه.

وإن قلنا قد انتقل الملكُ إليه صارت أم ولد، وعتقت بموته وتؤخذ قيمتها من تركته وجهًا واحدًا بلا خلاف بين أصحابنا؛ لأن تلفَ رقِّها حصل بعد انقطاع حقه عنها بموته، فأخذت القيمة من تركته وجهًا واحدًا.

ويخالف إذا وجبت القيمة حال حياته، حيث قلنا إنها تدفع إليه؛ لأنها وجبت وحقها باق ثابت.

فإذا ثبت أن القيمة تؤخذ من تركته، فما يعمل بها؟ إن قلنا إن الموقوف إذا تلف اشتري بقيمته آخر مكانه، فكذلك هاهنا يشتري بقيمتها أخرىٰ مكانها، وإن قلنا يبنىٰ علىٰ القولين، فكذلك يبنىٰ هذا علىٰ القولين، فإن قلنا انتقل إلىٰ الله تعالىٰ اشتري بقيمتها مقامها، وإن قلنا انتقل إليه، أعطي من يليه من البطون تلك القيمة، كما قلنا فيه إذا وجبت القيمة وهو حي أنها تدفع إليه.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ ﷺ: (إذَا قَالَ «تَصَدَّقْتُ بِدَارِي عَلَى قَوْمٍ» أَوْ رَجُلٍ مَعْرُوفٍ

---

(١) في (ق): «له القيمة».

حَيٍّ يَوْمَ تَصَدَّقَ، وَقَالَ: صَدَقَةٌ مُحَرَّمَةٌ، أَوْ قَالَ مَوْقُوفَةٌ، أَوْ قَالَ صَدَقَةٌ مُسَبَّلَةٌ؛ فَقَدْ خَرَجَتْ مِنْ مِلْكِهِ، ولَا تَعُودُ مِيرَاثًا أَبَدًا)[١].

وهذا كما قال.. ألفاظُ الوقف ستةٌ: تصدقتُ، ووقفتُ، وحبَّستُ، وسبَّلتُ، وحرَّمتُ، وأبَّدتُ.

فإذا قال: «تصدقتُ بداري أو بكذا» لم ينصرف إلىٰ الوقف؛ لأن التصدق يحتمل الوقف، ويحتمل صدقة التمليك المتطوع بها، ويحتمل الصدقة المفروضة، فإذا قرنه بقرينة تدل علىٰ الوقف انصرف إلىٰ الوقف، وانقطع الاحتمال، والقرينة أن يقول: «تصدقتُ صدقة موقوفة»، أو «مُحبَّسة»، أو «مُسبَّلة»، أو «محرَّمة»، أو «مؤبَّدة»، أو يقول: «صدقةٌ لا تباع» أو «لا توهب» أو «لا تورث»؛ لأن هذه كلها تصرفه إلىٰ الوقف.

وكذلك إذا نوىٰ الوقفَ انصرف إلىٰ الوقف فيما بينه وبين الله تعالىٰ لا يصير وقفًا في الحكم، فإذا أقر بأنه نوىٰ الوقف، صار وقفًا في الحكم حينئذٍ، كما لو قال: «أنت خلية» ونوىٰ الطلاق، وقع فيما بينه وبين الله تعالىٰ، فإذا أقر بالنية وقع الطلاق في الحكم.

فأما إذا قال: «وقفتُ»، كان ذلك صريحًا [في الوقف؛ لأن هذا اللفظ في العادة لا يستعمل إلا في الوقف.

فأما إذا قال: «حبَّست» أو «سبَّلت»، رجع أيضًا إلىٰ الوقف وصار وقفًا، وكان ذلك صريحًا][٢] فيه؛ لأن الشرع قد ورد بهما حيث قال ﷺ لعمر رضي الله عنه: «**حبِّس الأَصْلَ وسبِّلِ الثَّمَرَةَ**»[٣]، وعُرف الشرع بمنزلة عُرف العادة.

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٣).

(٢) ليس في (ص).

(٣) أخرجه الشافعي (٤٥٧)، والحميدي (٦٦٧).

فأما إذا قال: «حرَّمت، وأبدَّت»، ففيه وجهان؛ **أحدهما**: أنهما كنايتان؛ لأنه ما ورد بهما عرف العادة، ولا عرف الشرع، **والآخر**: أنهما صريحان فيه؛ لأنهما لا يستعملان إلا في الوقف، ولا يحتملان شيئًا آخر.

فإذا قلنا إنهما صريحان فيه، فالحكمُ [فيهما كالحكم](1) علىٰ ما ذكرنا في الصريح، وإذا قلنا: كنايتان، فلا بد من القرينة، أو النية علىٰ ما ذكرنا فيما هو كناية من ألفاظه، والله أعلم.

◆ مَسْألةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ ﷺ: (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُخْرِجَهَا مِنْ مِلْكِهِ إِلَّا إِلَى مَالِكِ مَنْفَعَتِهِ يَوْمَ يُخْرِجُهَا إِلَيْهِ)(2).

وهذا كما قال.. مِن شَرْطِ صحة الوقفِ أن يكون الموقوفُ عليه ابتداء، ممن يملك المنفعة، ولا يجوزُ أن يقف شيئًا علىٰ من لا يملك في الحال، مثل أن يقف علىٰ عبد، أو علىٰ ما يرزق من الأولاد أو علىٰ حمل هذه الجارية، ولم ينفصل الحملُ بعد؛ لأن الوقفَ تمليكُ منفعة، فلم يصح إيجابه إلا لمن هو من أهل الملك، الدليل عليه: الإجارة.

فإن قيل: أليس إذا وقف علىٰ أولاده وأولاد أولاده ما تناسلوا جاز، وإن كان أولاد أولاده معدومين.

قيل: لأن الاعتبار بأوله، وقد وقفه أولًا علىٰ من هو من أهل الملك في الحال، فإذا صحَّ في حقِّهم صحَّ في حقِّ الباقين علىٰ وجه التبع لهم.

فإن قيل: قد قلتم: إنه يجوز الوقفُ علىٰ القناطر، والجسور، والمساجد

---

(1) ليس في (ص)، (ف).
(2) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٣).

وغيرها من مصالح المسلمين، وذلك وقفٌ علىٰ ما لا يملك.

قلنا: إنما يجوزُ الوقفُ علىٰ تلك، لمصالح المسلمين، فالوقفُ عليها وقفٌ علىٰ المسلمين، والمسلمون يملكون، والوقفُ عليها وقفٌ عليهم.

فإن قيل: فقد جوزتم الوصية لمن لا يملك؛ لأنه لو أوصىٰ للحمل صح.

قلنا: لأن الوصية تصحُّ بالمعدوم والمجهول، وهو أن يقول: «أوصيتُ له بما تحمل هذه الشجرة، وبما تلد هذه البهيمة» فصحت أيضًا لمن لا يملك، وليس كذلك الوقف؛ لأنه لا يصح فيما ليس بمملوك في الحال، فلم يصح أيضًا إلا لمن يملك؛ ولأن الوصية عطية مؤخرة ولو نجزها لم تصح في المعدوم والمجهول وهو الهبة؛ لأن هبة المعدوم والمجهول لا تصح، وأما الوقفُ فهو تمليكٌ منجَّزٌ فلم يصح في المعدوم والمجهول، والله أعلم بالصواب.

♦ مَسْألَةٌ ♦

♦ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ لَمْ يُسَبِّلْهَا عَلَى مَنْ بَعْدَهُمْ كَانَتْ مُحَرَّمَةً أَبَدًا فَإِذَا[1] انْقَرَضَ الْمُتَصَدَّقُ بِهَا عَلَيْهِ كَانَتْ بِحَالِهَا وَرَدَدْنَاهَا عَلَى أَقْرَبِ النَّاسِ بِالَّذِي تَصَدَّقَ بِهَا يَوْمَ رجع)[2].

وهذا كما قال.. إذا وقف شيئًا علىٰ قوم لم يخْلُ ذلك من أحد أمرين: إما أن يعلِّقه بما لا ينقرض في العادة، أو بما ينقرض.

فإن علَّقه بما لا ينقرض، مثل أن يقول: «وقفتُ هذا علىٰ أولادي وأولاد أولادي ما تناسلوا»، فإذا انقرضوا فعلىٰ الفقراء والمساكين، أو قال: «علىٰ الفقراء والمساكين»، فإن ذلك وقفٌ صحيحٌ؛ لأن من شرطه أن يتأبد، وقد

---

(١) في (ص): «ما»!

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٤).

علقه بما يتأبد.

فأما إذا علقه بما ينقرض مثل أن يقول «وقفتُ هذا علىٰ أولادي وأولاد أولادي»، ويسكتُ علىٰ ذلك، أو يقف علىٰ رجل بعينه، أو علىٰ جماعة بأعيانهم ويسكت علىٰ ذلك فهل يصح الوقف أم لا؟

ذكر الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ هاهنا: أن ذلك يصح، وقال: «فإذا انقرض المتصدقُ بها عليه، كانت بحالها أبدًا».

وذكر في «رواية حرملة» قولين، فالمسألة علىٰ قولين:

أحدهما: أنه لا يصح؛ لأن من شرطه أن يتأبد، وإذا علَّقه بما ينقرض لم يوجد شرطه، فلم يصح.

والثاني: أنه يصح، فإذا انقرض صرف الوقف إلىٰ وجوه البر والصدقة؛ لأن الاعتبار بصحة الوقف في أوله، فإذا صح أوله ووُجدتْ شرائطه، لا يضره بعد ذلك انقراضُ من وقفه عليه؛ لأن القصد بالوقف الصدقة والبر، فإذا انقرض الموقوف عليه حُمِل علىٰ وجوه البر والصدقة وسُبل الخير.

فإذا قلنا: لا يصح الوقف فلا كلام، وإذا قلنا: يصح، فإذا انقرض الموقوفُ عليه، لم يرجع إلىٰ الواقف إن كان حيًّا ولا إلىٰ ورثته إن كان ميتًا، وقال أبو يوسف: يرجع إليه إن كان حيًّا، وإلىٰ ورثته إن كان ميتًا.

وهذا غلط؛ لأنه أزال الملك علىٰ وجه التقرب إلىٰ الله تعالىٰ، فلم يرجع إليه بعد ذلك، الدليلُ عليه: إذا أعتق عبدًا، فإن رقه لا يرجع إليه، ولا إلىٰ ورثته.

إذا تقرر هذا، فإنه يرجع إلىٰ سبيل الخير والبر والصدقة، وهو أقرب الناس إليه؛ لأن القصد بالوقف البر والصدقة، وأولىٰ الناس ببره وصدقته أقاربه.

وهل يُعتبر الفقر مع القرب أم لا؟ أطلق الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ ذلك هاهنا، وذكره في «رواية حرملة»، فشرط فيه الفقر، فقال: «رجع إلىٰ فقراء أقرب الناس إلىٰ الواقف» واختلف أصحابنا في ذلك علىٰ طريقين:

فقال أبو إسحاق: مطلقُ كلامه يُحمل علىٰ المقيد منه، ويشرط الفقر مع القرب؛ لأن القصد بالوقف البر والصدقة، وإنما يحصل البر والصدقة إذا صرف إلىٰ الفقراء من أقاربه، لأجل حاجتهم إلىٰ ذلك دون الأغنياء؛ لأنه لا حاجة بالأغنياء إليه.

ومِن أصحابِنا مَن قال: المسألة علىٰ قولين؛ **أحدهما**: يُصرف إلىٰ الفقراء منهم لما ذكرنا، **والثاني**: يُصرف إلىٰ الأغنياء والفقراء؛ لأن الوقفَ يصحُّ علىٰ الأغنياء، وليس من شرطه الفقراء، فاستوىٰ فيه الفقراءُ والأغنياء.

إذا تقرر هذا، فإن قلنا: لا يُشترط الفقر، فإنه يراعي القربَ المجردَ ويستوي فيه الذكر والأنثىٰ، ويُقدم الأولاد؛ لأنهم أقرب ثم الآباء والأمهات إذا كان هناك أبٌ وأم تساويا، وإن كان أبو أم وأبو أب تساويا.

وإن كان جد، وأخ، ففيه قولان؛ **أحدهما**: أنهما سواء، **والثاني**: أن الأخ يقدم.

وإذا اعتبرنا الفقرَ مع القُرب، فإن كان أقربُهم غنيًّا، فلا اعتبار به، وهو في معنىٰ المعدوم، والاعتبارُ بمن دونه من الفقراء من أقاربه، فإن افتقر بعد ذلك، وقد حصلت غلةُ الوقف، قُدِّم علىٰ غيره؛ لأن الشرط وهو الفقرُ قد وُجد، وعلىٰ هذا أبدًا.

• فَصْلٌ •

إذا وقف أولًا على من لا يصحُّ عليه الوقفُ، ثم على من يصحُّ عليه، مثل أن يقف علىٰ أم ولده، فإذا انقرضت فعلىٰ أولاده وهم موجودون، فإن

انقرضوا فعلىٰ الفقراء والمساكين، أو وقف عليها ثم علىٰ الفقراء والمساكين بعدها، أو وقف علىٰ عبد ثم علىٰ الفقراء والمساكين، أو علىٰ حمل، أو علىٰ وارث والواقف مريض مرضًا مخوفًا، أو وقف علىٰ مجهول، مثل أن يقول: وقفته علىٰ رجل أو علىٰ قوم، أو وقف علىٰ معدوم مثل أن يقف علىٰ أولاده، وليس له أولاد وما أشبه ذلك، فقد ذكر الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في «كتاب الوقف» أن هذا الوقف باطل، وذكر في «كتاب حرملة» أنه يصح، فالمسألة علىٰ قولين، بناءً علىٰ تفريق الصفقة.

[وكذلك إذا وقف علىٰ رجل بعينه، ثم علىٰ الفقراء والمساكين، فرد الموقوف عليه أولًا الوقف، فالمسألة علىٰ قولين، بناءً علىٰ تفريق الصفقة][1]

فإن قلنا: إن الصفقةَ لا تُفَرَّقُ بطل الوقفُ في الجميع، وبقي الموقوفُ علىٰ ملك الواقف؛ لأن ملكه إنما يزول عنه بصحة الوقف، وإذا لم يصحَّ فهو علىٰ ما كان عليه.

وإن قلنا: تُفَرَّقُ الصفقة، بطل في حقِّ من لا يصح الوقف عليه، وصحَّ في حقِّ الباقين.

إذا ثبت هذا، فهل تُصرف (منفعة الوقف)[2] إلىٰ من يصح في حقهم في الحال أم لا؟ يُنظر فإن كان الذي بطل الوقفُ في حقِّه لا يمكن الوقف علىٰ بقائه، أو اعتبار انقراضه، مثل أن يقف علىٰ مجهول أو معدوم؛ لأنه لا يدرىٰ كم بقاءُ المجهول وذلك المعدوم، وأي وقت ينقرض؛ فإن منفعة الوقفِ تُصرف إلىٰ من صح في حقِّهم في الحال، ويكونُ الموقوفُ عليه أولًا بمنزلة

---

(١) ليس في (ق).

(٢) في (ص): «منفعته».

المعدوم، الذي لم يجر له ذكر في الوقف، وإنما وجب صرْفها إليهم في الحال؛ لأنه لا يستحق غيرهم.

وأما إذا كان الموقوفُ عليه أولًا يمكن اعتبار انقراضه ومعرفة بقائه، مثل أم الولد، والعبد، والوارث، فهل تُصرف منفعة الوقف إلىٰ من صح في حقهم في الحال أم لا؟ اختلف أصحابنا في ذلك، فمنهم من قال: تصرف إليهم في الحال كما إذا لم يمكن اعتبار انقراض الموقوف عليه أولًا؛ لأنه لا يستحق غيرهم في الحالين، ولأن الموقف عليه أولًا إذا صحَّ الوقفُ في حقِّه ثم انقرض صُرفت المنفعة إلىٰ من بعده؛ لأن حقَّه قد سقط بانقراضه، فكذلك حقُّ الموقوف عليه قد سقط عن الوقف، فوجب رجوعه إلىٰ من يليه.

ومِن أصحابِنا مَن قال: لا تُصرف إليهم في الحال؛ لأنه إنما جعل منفعة الوقف لهم بشرط انقراض من قبلهم، والشرطُ لم يوجد فلم يَجُزْ صرْفُها إليهم قبل وجود الشرط، فتُصرف إلىٰ الفقراء والمساكين مدة بقاء الموقوف عليه أولًا، ثم إذا انقرض رجعت إليهم.

ويبدأ بفقراء أقاربه؛ لأنهم أولىٰ بصدقته، وهذا كما قلنا فيه إذا علق الوقف علىٰ ما ينقرض في العادة، ثم انقرض، فإنه يصرف إلىٰ فقراء أقاربه[1]، والله أعلم بالصواب.

• فَصْلٌ •

إذا وقف مطلقًا، ولم يذكر الموقوف عليه، مثل أن يقول: «وقفتُ هذه الدار» ثم يسكت، فلا يبين على من وقفها، فهل يصح ذلك أم لا؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يصح؛ لأنه لو ذكر الموقوفَ عليه - وكان مجهولًا - بطل

---

(١) في (ق): «الفقراء والمساكين من».

العقد، فإذا أطلق الوقف فأولىٰ أن لا يصح.

والقول الثاني: أنه يصحُّ، ويُصرف إلىٰ الفقراء والمساكين، ويبدأ بأقاربه المحتاجين؛ لأنهم أولىٰ بصدقته.

ووجهه: أن القصدَ من الوقف الصدقة والبر، فإذا أطلقه صحَّ، وصُرِف إلىٰ ما يقصد به؛ لأنه لو أطلق الأضحية والهدي صَحَّ ذلك وصُرِف إلىٰ الفقراء والمساكين وإن لم يذكرهم، فكذلك هذا، ولأنه إذا أوصىٰ بثلث ماله مطلقًا ولم يذكر الموصىٰ له صحَّتِ الوصيةُ وتُصرف إلىٰ الفقراء والمساكين، ويبدأ بأقاربه فكذلك هذا.

• فَصْلٌ •

إذا وقف وقفًا وشرط أن تُصرف منفعتُه إلى الله تعالى، فإنه يُصرف إلى الغُزاة، وهم أهل الصنائع وأهل البلدان الذين يشتغلون بمعاشهم في وقت وينشطون للجهاد في وقت، فيجاهدون ثم يرجعون إلىٰ معاشهم، ولا يُصرف إلىٰ المقاتلةِ الذين هم علىٰ باب السلطان، ولهم ديوان؛ لأن مطلقَ كلام الآدميين محمولٌ علىٰ ما تقرر في الشرع، وقد تقرر في الشرع أن سبيل الله هم الغزاة، فحُمِل عليه مطلقُ كلام الآدميين.

فإن قيل: هلا جعلتم الحجَّ والعُمرة من سبيل الله؛ لأنه روي أن النبيَّ ﷺ قال في حديث أم مَعْقِل لما سألته عن الناضح الذي وقفتْه في سبيل الله: «**ارْكَبِيهِ، فَإِنَّ الحَجَّ وَالْعُمْرَةَ مِن سَبِيلِ اللهِ**»[(١)].

فالجوابُ: أنه يجوز أن يكونَ النبيُّ ﷺ عِلم أن أبا مَعْقِل جعْلَ الحجَّ والعُمرة من سبيل الله في وقْفه؛ لأن عندنا لو أراد بسبيل الله الحج والعمرة

(١) أخرجه أبو داود (١٩٨٨).

صحَّ ذلك، وصرف نفقته إليهما، وإنما كلامُنا في سبيل الله إذا أطلقه، ويجوز أيضًا أن يكون قد سمع في كلامهما ما دل على أنه أراد بسبيل الله الحج والعمرة.

قال القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ومذهبُ أحمد بن حنبل رَحِمَهُ ٱللَّهُ أن الحجَّ والعُمرة من سبيل الله في الإطلاق، واحتج بحديث أم مَعْقِل، وتأويله ما ذكرناه.

• فَصْلٌ •

إذا وقف وقفًا وشَرَطَ أن يضاف إلى سبيل الله، وسبيل الثواب، وسبيل الخير، صُرف ثلثه إلىٰ الغزاة، وثلثه إلىٰ الفقراء والمساكين، ويبدأ بأقاربه، وثلثه إلىٰ خمسة أصناف ممن ذكرهم الله في آية الصدقات، وهم الذين تُدفع إليهم الصدقات لحاجتهم إلينا دون حاجتنا إليهم، وهم الفقراء والمساكين وابن السبيل، والغارمون الذين استدانوا لمصلحة أنفسهم، وفي الرقاب وهم المكاتبون، فهؤلاء سبيل الخير.

• فَصْلٌ •

يجوزُ الوقفُ على الذِّمي، كما تجوزُ الصدقةُ عليه، والوصيةُ له، والوقف نوع من أنواع الصدقات، فأما إذا وقف مسلمٌ علىٰ بِيعة أو كنيسة، كان الوقفُ باطلًا؛ لأنها مدارس الكفر، ومشاتم النبي ﷺ فالوقفُ عليها وقفٌ علىٰ معصية، وذلك لا يجوز.

[وإن وقف علىٰ من ينزلها من مارة المسلمين وأهل الذمة؛ جاز][(١)].

وإن وقف علىٰ كتب التوراة لم يجز؛ لأنها مبدَّلة مغيَّرة، وقد أخبر الله عنهم أنهم حرَّفوها، وليس العلة فيها أنها منسوخة بالقرآن؛ لأن النسخ لا

(١) ليس في (ق).

يذهب حرمتها؛ لأن في القرآن آياتٍ منسوخة وحرمتها وحرمة الناسخ واحدة، وإنما العلة ما ذكرنا من التبديل والتحريف.

• فَصْلٌ •

إذا كان له مولى من فوق - وهو مولى نعمة - فأطلق الوقفَ على المولى؛ رجع إليه، وإن كان له مولىٰ من أسفل - وهو مولىٰ عتاقة -، ولم يكن له مولىٰ من فوق، فأطلق الوقف؛ رجع إليه.

وإن كان له مولىٰ من أسفل ومن فوق، فأطلق الوقف، نُظِر؛ فإن كان هناك أمارةٌ تدلُّ علىٰ أنه أراد أحدَهما بعينه انصرف إليه، وإن لم تكن ففيه ثلاثة أوجه، الصحيحُ منها أنه يرجع إليهم، فيكون بين الجميع؛ لأن كلَّ واحد منهم[١] يسمىٰ مولىٰ علىٰ الحقيقة، كما لو أطلق الوقفَ علىٰ الإخوة، وله إخوة مفترقون رجع إلىٰ الجميع.

ومِن أصحابِنا مَن قال: يرجع إلىٰ الموالي من فوق؛ لأن حقَّهم آكد؛ لأنهم يرثون، والموالي من أسفل لا يرثون، ومنهُم مَن قال: يبطل الوقفُ؛ لأنه وقف علىٰ مجهول، وهذا الوجه ضعيف؛ لأنه يبطل بمطلق الوقْفِ علىٰ الإخوة.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ **قال الشافِعِيُّ** رحمه الله: (وَهِيَ عَلَى مَا شَرَطَ مِنَ الْأَثَرَةِ وَالتَّقْدِمَةِ وَالتَّسْوِيَةِ بَيْنَ أَهْلِ الْغِنَى وَالْحَاجَةِ، وَمِنْ إِخْرَاجِ مَنْ أَخْرَجَ مِنْهَا بِصِفَةٍ وَرَدِّ إِلَيْهَا بِصِفَةٍ)[٢].

وهذا كما قال.. يُعتبر في الوقف وفي صرف ما يرتفع من غلاته شرائط

(١) ليس في (ص)، (ف).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٤).

الواقف وترتيبه؛ لأن استحقاق غلة الواقف إنما يثبت بشرطه، فكان علىٰ حسب شرطه.

إذا ثبت هذا، فإن قدَّم قومًا علىٰ قوم، وجعل لقوم أكثر مما جعل للآخرين، أو جعل ذلك لأهل الفقراء والحاجة دون أهل الغنىٰ، أو جعله للإناث دون الذكور، أو جعله للإناث، ما لم يتزوجن، فمن تزوج منهن لم يكن له فيه حق، فإن طلقت المتزوجة عاد حقها، أو جعل ذلك لمن أقام بالبلد، فإذا خرج من البلد انقطع حقُّه، وإذا رجع عاد حقُّه، وما أشبه ذلك كان الأمرُ علىٰ ما رتَّب وشرط، لا يخالف في شيء منه، لما ذكرنا من التعليل.

فإن قيل: إذا شرط هذه الشرائط كان تعليقًا للوقف علىٰ صفة، وذلك لا يجوز، كما إذا قال: «إذا جاء رأسُ الشهر فقد وقفتُ هذه الدار».

قيل: إنما لا يجوز تعليقُ أصل الوقف علىٰ صفة، فأما شرائطُه وترتيبُه فإنه يجوز، وهذا كما قلنا في الوكالة والتصرف بها أنه لا يجوز أن يعلقها بصفة فيقول: «إذا قدم الحاجُّ فقد وكلتُك في كذا»، ونحو ذلك في التصرف المستفاد بالوكالة، مثل أن يقول: «وكلتُك، فإذا جاء رأس الشهر فبِعْ كذا وكذا علىٰ صفة كذا»، فكذلك هذا، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

إذا قال: «وقفتُ هذا على أولادي، وأولاد أولادي، وأولاد أولاد أولادي، فإذا انقرضوا فعلى الفقراء والمساكين»، فإن البطون الثلاثة يشتركون في ارتفاع الوقف؛ لأنه عطف بعضهم علىٰ بعض، والواو تقتضي الجمع والتشريك.

ويستوي في ذلك الذكورُ والإناثُ والفقراءُ والأغنياءُ؛ لأن اسم الأولاد

يتناولهم، ويدخلُ في ذلك أولادُ البنات ذكرُهُم وأنثاهم، كما يدخل فيه أولادُ البنين ذكرُهُم وأنثاهم.

وقال أصحاب أبي حنيفة: لا يدخلُ فيه أولاد البنات، وحكي أن عيسىٰ ابن أبان[1] كان قاضي البصرة فأخرج من الوقف أولاد البنات، وبلغ ذلك أبا أبا خازم القاضي[2] فصوَّبه، وقد نص محمد بن الحسن علىٰ أنه إذا عقد الأمان لولده وولد ولده دخل فيه ولدُ بنيه دون ولد بناته.

واحتج من نصر ذلك بشيئين؛ أحدهما: أن أولاد بنته ليسوا بأولاد له، واستدلوا بقول الشاعر[3]:

بَنُونَـــا بَنُـــو أَبْنَائِنَـــا وَبَنَاتُنَـــا ... بَنُـــوهُنَّ أَبْنَـاءُ[4] الرِّجَـالِ الْأَبَاعِـدِ

والثاني: أن ولد الهاشمية من العامي عامي، وولد العامية من الهاشمي هاشمي، فدل ذلك علىٰ أن الأولاد للآباء، وأن ولد بنت الرجل ليس بولد له.

ودليلُنا إجماعُ المسلمين علىٰ أن عيسىٰ ابن مريم - عليهما السلام - من ولد آدم، وهو ولد ابنته؛ لأنه وُلد من غير أب، وقد دعا النبيُّ ﷺ الحسنَ بن علي رضي الله عنهما ابنًا له فقال: «**لا تُزْرِمُوا ابْنِي**»[5] أي: لا تقطعوا عليه بوله، وقال:

---

(١) عيسىٰ بن أبان بن صدقة، المتوفىٰ سنة ٢٢١ ، وكان من أصحاب الحديث، ثم غلب عليه الرأي.

(٢) القاضي أبو خازم عبد الحميد بن عبد العزيز البصري ثم البغدادي الحنفي، المتوفىٰ سنة ٢٩٢، وكان فاضلا فقيها ثقةً دينًا عالمًا بالمذهب والفرائض والحساب.

(٣) ينسب هذا البيت للفرزدق همام بن غالب، والأكثرون علىٰ أنه لا يعرف قائله مع كثرة استشهاد العلماء به في كتب النحو والبلاغة والفرائض، والمعنىٰ: أن أولاد أبنائنا، ينتسبون إلينا؛ لأنهم كأولادنا، أما أولاد بناتنا، فينتسبوا إلىٰ آبائهم الأجانب عنا.. ينظر: الإنصاف في مسائل الخلاف (١/ ٥٦) وأوضح المسالك (١/ ٢٠٦).

(٤) في (ف): «أولاد».

(٥) أخرجه الطبراني في الأوسط (٦١٩٧).

«**إنَّ ابني هذا سيِّدٌ**»[١] ولأنه لما كان أولاد ابنه من أولاده، فكذلك ينبغي أن يكون أولاد ابنته من أولاده، بل هذا أولىٰ؛ لأن الولادة من جهتها متحققة مشاهدة، والولادة من جهة ابنه ليست متحققة، فإنما يلحق به بحق الفراش من جهة ظاهر الحال.

فأما الجوابُ عن الشِّعر الذي ذكروه، فإنه مخالفٌ لقول النبيِّ ﷺ والإجماع والمعقول، فوجب ردُّه، أو نقول: قصد الشاعرُ الانتسابَ دون الولادة.

وهكذا الجوابُ عما ذكروه من أن ولد الهاشمية من العامي عامي، وأن ذلك في الانتساب وليس كلامنا فيه، وإنما كلامُنا في الولادة، وقد بينا أن الولادة متحققة من جهة البنت، وهي من جهة الابن من طريق الظاهر، ثم يقابل الانتسابَ حُكْمُ الحرية والرق؛ لأن الولد يتبع الأمَّ في الحرية وفي الرِّقِّ دون الأب.

إذا ثبت هذا، فإن قال: «وقفتُ هذا علىٰ أولادي وأولاد أولادي، وأولاد أولاد أولادي من انتسب منهم إليَّ»، كان ذلك وقفًا علىٰ من ينتسب إليه من أولاده، ولا يدخلُ فيهم ولدُ البنات؛ لأنهم لا ينتسبون إليه، وإنما ينتسبون إلىٰ قوم آخرين.

فإن قال: «وقفتُ هذا علىٰ أولادي، فإذا انقرضوا فعلىٰ الفقراء والمساكين»؛ كان ذلك وقفًا علىٰ أولاد صلبه دون أولاد أولاده؛ لأن ولد الولد وإن كان يسمىٰ ولدًا فهو من طريق المجاز، ألا ترىٰ أنه يصح أن يقول: «هذا ليس بولدي إنما هو ولد ولدي»، وهذا كما يسمىٰ الجد أبًا، وذلك من طريق المجاز لا الحقيقة.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٧٠٤).

فإن قال: «وقفتُه علىٰ أولادي وأولاد أولادي» دخل فيه البطنُ الأولُ والثاني من أولاده، ولم يدخل البطنُ الثالثُ؛ لأنه لا يقع عليهم اسم ولد الولد حقيقة.

• فَصْلٌ •

إذا قال: «وقفتُ هذا على أولادي [ثم على أولاد أولادي](١)**، [ثم على أولاد أولاد أولادي]**(٢)**، ثم على الفقراء والمساكين»**، فقد شرط فيه الترتيب، فيقدم البطن الأول، ولا يشاركهم البطنُ الثاني في ارتفاع الوقف، فإذا انقرضوا كان ذلك للبطن الثاني، ولا يشاركُهم الثالثُ حتىٰ ينقرضوا وعلىٰ هذا؛ لأن (ثم) للترتيب وتقديم البعض علىٰ البعض.

وكذلك إذا قال: «وقفتُ هذا علىٰ أولادي، فإذا انقرضوا فعلىٰ أولاد أولادي، فإذا انقرضوا فعلىٰ أولاد أولادِ أولادي، فإذا انقرضوا فعلىٰ الفقراء والمساكين» فقد شرط الترتيب أيضًا؛ لأنه شرط في الوقف علىٰ البطن الثاني انقراض البطن الأول فيكون علىٰ ما ذكرنا.

وكذلك إذا قال: «وقفتُ هذا علىٰ أولادي وأولاد أولادي، [وأولاد أولاد أولادي]**(٣)**، الأعلىٰ فالأعلىٰ»، [أو قال]**(٤)**: «البطن الأول ثم الثاني ثم الثالث»، فإن ذلك علىٰ الترتيب.

وإن قال: «وقفتُ علىٰ أولادي، ثم علىٰ أولاد أولادي، [وأولاد أولاد أولادي]**(٥)**» فقد رتب البعض، فيقدم البطن الأول ولا يشاركهم أحد من

---

(١) ليس في (ص)، (ف).

(٢) ليس في (ق).

(٣) ليس في (ق).

(٤) ليس في (ق).

(٥) ليس في (ص)، (ف).

البطن الثاني والثالث، فإذا انقرضوا اشترك فيه البطن الثاني والثالث، لأنه جمع بينهما فتساويا واشتركا في ارتفاع الوقف.

• فَصْلٌ •

إذا قال: «وقفتُ هذا على أولادي وأولاد أولاد أولادي ما تناسلوا، فإن انقرضوا فعلى أقرب الناس إليّ» فإن الوقف يكون علىٰ أولاده ما تناسلوا، فإذا انقرضوا فأقرب الناس إليه بعد البنين الآباء والأمهات، فإن كان أبوه حيًّا صُرف إليه، وكذلك إن كانت أمه حية صُرف إليها، وإن كانا حيين فإليهما، وإن كان جد وأم، فالأم أقرب، فيُصرف إليها، وأبو الأب وأبو الأم سواء؛ لأنهما في درجة واحدة في الولادة، وعلىٰ هذا فإن اجتمع أخ وجدٌّ ففيه قولان؛ **أحدهما**: يتساويان، **والثاني**: [الأم أولىٰ](1).

فإن اجتمع إخوةٌ متفرقون كان الأخ من الأب والأم أولىٰ من غيره؛ لأن الانفراد بقرابة يجري مجرىٰ التقدم بدرجة، فيكون الإخوة من الأب، والإخوة من الأم بمنزلة بني الإخوة، ولهذا كان أولىٰ بالميراث.

فإن قيل: لو كان الانفراد بالقرابة يجري مجرىٰ التقدم بدرجة لكان الأخ من الأب وابن الأخ من الأب والأم سواء، وقد قدمتم الأخ من الأب علىٰ ابن الأخ من الأب والأم؟

قيل: لأن الانفراد بقرابة ليس بتقدم، وإنما هو كالتقدم، فإذا اجتمع أخ من أب وابن أخ من أب وأم، قُدِّم الأخُ من الأب؛ لأن التقدم حصل في جنبته، وحصل في جنبة ابن الأخ انفراد بقرابة هو بمنزلة التقدم، وهذا كما نقول: إن الولاء بمنزلة النسب، وإذا اجتمع الولاءُ والنسبُ قُدِّم النسب عليه.

---

(١) بياض في (ص).

إذا تقرر هذا، فإن ابن الأخ من الأب والأم والأخ من الأب إذا اجتمعا قُدِّم الأخ وكان أقرب لما ذكرنا.

والخالُ والخالةُ في القرب سواء، وكذلك العمُّ والعمة، والخالُ والعمُّ في القرب سواء، ولا اعتبار بالميراث، فسوينا بين من يرث وبين من لا يرث إذا كانت درجتهما واحدة.

• فَصْلٌ •

إذا كان له ثلاثة أولاد، وله أولاد أولاد، فقال: «وقفتُ هذا على أولادي، ثم على أولاد أولادي»، فإن أولاده يُقَدَّمون، فيكون لهم ارتفاع الوقف، فإن انقرضوا صار لأولاد أولاده.

وإن مات أحدُهم صرف حصته إلىٰ الآخرين، ولا تصرف إلىٰ أولاد الميت؛ لأن الواقف شرط انقراض أولاده، وبعد ما انقرضوا.

فمِن أصحابِنا مَن قال: إن اللفظَ أفاد أن حصة الميت منهم تُصرف إلىٰ الآخرين، ومنهم من قال: لم يُستفد ذاك باللفظ، وإنما استُفِيد بالاشتراك؛ لأنه لا يمكن أن يجعل لأولاد أولاده؛ لأن الشرط - وهو الانقراض - ما وُجِد، وليس هناك أولىٰ منهما، فصرف إليهما حصته.

هذا كله إذا أطلق، فأما إذا صرح فقال: «فمن مات من أولادي فحصتُه تُصرف إلىٰ الباقي منهم»، فإنه تُصرف إليهما حصة الميت منهم؛ لأنه صرح بذلك.

وإن قال: «فمن مات من أولادي فحصته لابنه» كانت حصة الميت لابنه علىٰ حسب ما شرط، والله أعلم بالصواب.

• فَصْلٌ •

إذا قال: «وقفتُ هذا على أولادي، فإن انقرضوا وانقرض أولاد أولادي، فهو على الفقراء والمساكين»، [فقد صرح بالوقف علىٰ أولاده أولًا، وعلىٰ الفقراء والمساكين](١) آخرًا، وأطلق أولاد أولاده:

فمِن أصحابِنا مَن قال: لا يكون لهم من الوقف شيء؛ لأنه لم يقف عليهم، وإنما شرط انقراضهم في الوقف علىٰ الفقراء والمساكين، فعلىٰ هذا إن انقرض أولاده، وبقي أولاد أولاده يُصرف ارتفاعه إلىٰ أقرب الناس إليه إلىٰ أن ينقرضوا، فإذا انقرضوا، صُرف إلىٰ الفقراء والمساكين.

ومنهم من قال: يكون وقفًا علىٰ أولاد أولاده بعد انقراض أولاده؛ لأنه شرط انقراضهم، وظاهر ذلك في الوقف أنه وقف عليهم، كما لو صرح به، فعلىٰ هذا يصرف إليهم بعد الأولاد، فإذا انقرضوا صرف إلىٰ الفقراء والمساكين.

• فَصْلٌ •

إذا وقف في مرضه المخوف كان معتبرًا من الثلث؛ لأن الوقف عطيةٌ متطوعٌ بها، فهو كصدقة التمليك والهبة والوصية، فإن كان الموقوف عليه وارثًا لم يلزم الوقف له حتىٰ يجيزه الورثة، وإن كان أجنبيًّا فإن خرج الوقف من الثلث؛ لزم، ونفذ في الثلث، وإن كان لا يخرج من الثلث فإن أجازت الورثة ما زاد علىٰ الثلث؛ لزم في الجميع، وإن لم تجز ذلك لزم في قدر الثلث، وبطل فيما زاد عليه.

فأما إذا وقف في مرضه، ووهب وأقبض وأعتق، وباع، وحابىٰ، ومات،

---

(١) ليس في (ق).

فإنه يُنْظَرُ، فإن كان الثلث يفي بالجميع نفذ ذلك كله، وإن كان لا يفي بالجميع، قدم الأول فالأول، وسواء في ذلك العتق وغير العتق.

فأما إذا كانت تلك العطايا مؤخَّرة، مثل أن يوصي بوقف، وعتق، وبيع بمحاباة، وما أشبه ذلك، فإنه يُنْظَرُ، فإن وفى الثلث بالجميع فذاك، وإن لم يفِ بالجميع وإن لم يكن في جملتها عتق قسم الثلث عليها بالحصص، ولا يُقَدَّمُ بعضُها على بعض؛ لأنها كلها تنجزت في وقتٍ واحدٍ، وهو وقت الموت، وقبل الموت لم يتنجز منها شيء؛ ألا ترى أن له الرجوع في ذلك قبل موته.

ويفارق هذا العطايا التي نجزها في مرضه حيث قلنا: يقدم الأول فالأول؛ لأنها تنجزت مختلفة بعضها قبل بعض، ألا ترى أنه إذا وهب وأقبض لم يكن له الرجوع بعد ذلك، فلهذا قدمنا الأول فالأول.

وأما إذا كان في جملتها عتقٌ، ففيه قولان؛ **أحدهما**: يُقدم العتق لمزيته وغلبته، **والثاني**: لا يُقدم بل يكون كواحد منها، ويقسم الثلث على الجميع بالحصص.

• فَصْلٌ •

إذا قال: «وقفت هذا على فلان سنة»، فهل يصح ذلك أم لا؟ فيه قولان؛ **أحدهما**: أن الوقف باطل؛ لأن من شرطه أن يكون مؤبَّدًا، وهاهنا لم يعلِّقه بما لا ينقرض، **والثاني**: أنه يصح؛ لأن القصد به الصدقةُ والصرفُ إلى وجوه البر، فإذا مضت السنة صرف إلى الفقراء والمساكين، ويبدأ بقراباته لأنهم أولى الناس بصدقته، وهذه المسألة في حكم التي تقدمت وهي إذا قال: «وقفت هذا على أولادي، وأولاد أولادي» ثم سكت ولم يعلقه بما لا ينقرض في العادة.

• فَصْلٌ •

إذا قال: «إذا جاء رأس الشهر فقد وقفتُ هذه الدار على فلان»، لم يصح، لأنه تصرف لم يبن أمره علىٰ التغليب والسِّراية، فلم يتعلق بالحصر كما قلنا في البيع والهبة وغيرهما، ويفارق العتق؛ لأن أمره بني علىٰ التغليب والتكميل.

• فَصْلٌ •

إذا وقف على بني تميم أو على بني هاشم فهل يصح أم لا؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يصح؛ لأنه إذا لم يشرط الحصر كان ذلك جهالة، والجهالة لا يعفىٰ عنها في حق الآدمي، وبنو هاشم وبنو تميم عدد لا يأتي عليهم الإحصاء، وما لا يأتي عليه الإحصاء، فهو مجهول المقدار، وهو بمنزلة قوله: «وقفتُ علىٰ قوم»، فإن ذلك لا يصح، لجهالة الموقوف عليه.

والثاني: أنه يصح؛ لأن كل من جاز الوقف عليه إذا كان محصًىٰ، وجب أن يجوز الوقف عليه وإن كان غير محصىٰ كالفقراء والمساكين، فإنه يجوز أن يطلق الوقف علىٰ الفقراء والمساكين [وهم عدد غير محصور؛ لأن بني هاشم وبني تميم معينون، والفقراء والمساكين][1] غير معينين، فالجهالة في جنبتهم أكثر من الجهالة في جنبة بني هاشم وبني تميم، فإذا جاز الوقف عليهم، فأولىٰ أن يجوز علىٰ بني هاشم (وبني تميم)[2].

فإن قلنا: لا يجوز فلا كلام وإن قلنا: يجوز فإن الدفع إلىٰ ثلاثة منهم يجوز الاقتصار عليه كما قلنا في الدفع إلىٰ ثلاثة من الفقراء والمساكين.

---

(١) ليس في (ق).

(٢) في (ص)، (ف): «وتميم».

• فَصْلٌ •

إذا وقف على نفسه، ثم على أولاده، ثم على الفقراء والمساكين لم يصح عندنا وقفه على نفسه.

وقال ابن أبي ليلىٰ، وابن شبرمة، وأبو يوسف: يصحُّ وقفه علىٰ نفسه، وهو قولُ أبي العباس ابن سريج والزبيري(١).

واحتجوا بما روي أن عمر ﵁ لما وقف قال: «ولا جناح علىٰ من وليها أن يأكل منها ويطعم»(٢) وكان ذلك الوقف في يد عمر ﵁ إلىٰ أن مات، وروي أن عثمان ﵁ لما وقف بئر رُومة شرط أن يكون دلوه كدلاء المسلمين، فجعل الانتفاع بها لنفسه مع المسلمين.

قالوا: ولأنه لا خلاف أن من وقف مسجدًا كان له أن يصلي فيه، وإذا وقف سِقَايةً كان له أن يشرب من مائها، ويكون كأحد المسلمين.

ودليلُنا: أن الوقف تمليك، والموقوف ملك له، فلا يجوز أن يملكه نفسه، الدليل عليه: البيع؛ لأنه لا يجوز أن يبيع من نفسه شيئًا من ماله.

فأما الذي ذكروه من حديث عمر ﵁ فالجوابُ عنه أنه إنما أراد بذلك غيره ممن يكون الوقف في يده بعده، وأما هو فإنه كان يليه ولا يأكل منه شيئًا.

وأما الجوابُ عن حديث عثمان ﵁، فهو أنه كان وقفًا عامًّا، والوقف العام يجوز للواقف أن ينتفع به ويشارك المسلمين فيه، ويفارق الوقفَ الخاصَّ؛ لأن الوقفَ العامَ يرجعُ إلىٰ ما كان عليه في الأصل من الإباحة،

---

(١) أخرجه البخاري (٢٧٧٣).

(٢) الزبير بن أحمد بن سليمان، ينتسب للزبير بن العوام ﵁.

فيصير كسائر الأشياء المباحة من مشارع الماء ونحوها، وما كان مباحًا فالناس فيه سواء، ولهذا كان له الانتفاع به.

وأما الوقفُ الخاصُّ فليس بإباحة، وإنما هو تمليكٌ لقوم مخصوصين، فلم يجز له أن ينتفع به وهكذا الجواب عن الاستدلال الذي ذكروه.

إذا تقرر من مذهبنا أنه لا يصحُّ الوقف علىٰ نفسه، فإن حكم الحاكم به، ونفذه، نفذ حُكْمُه فيه، ولم ينقضْ؛ لأنها مسألةٌ مجتهدٌ فيها، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

إذا وقف وقفًا، وشرط فيه أن يبيعه أي وقت أراد كان الوقف باطلًا؛ لأنه خلاف مقتضاه؛ لأن الوقف لا يباع، وإن شرط أن يخرج من شاء من الموقوف عليه، ويدخل من شاء منهم، وأن يفضِّل بعضهم علىٰ بعض إن شاء؛ كان ذلك كلُّه باطلًا؛ لأنه شرط لنفسه التصرف فيما يصير ملكًا لغيره.

• فَصْلٌ •

إذا بنى مسجدًا، وأذِن لقوم فصلوا فيه، أو بنى مقبرة وأذن لقوم فدفنوا فيها، لم يزل ملكه بذلك حتىٰ يقفه لفظًا، وقال أبو حنيفة: يزول ملكه عنه بالإذن في الانتفاع به كما لو أعار رجلًا دابة أو غيرها من ماله[1].

• فَصْلٌ •

إذا وقف مسجدًا ثم إنه خرب وخربت المحلة أو القرية لم يعد إلى ملكه، وقال محمد: يعود المسجدُ إلىٰ ملكه كما قلنا في الكفن أنه يعود إلىٰ الورثة فيدخل في ملكهم إذا ذهب السيلُ بالميت أو أكله السبع.

---

(١) تقدم البحث في ذلك (ص ٣٠٣).

وهذا غلط؛ لأن كل ما لا يرجعُ إلى ملكه قبل الاختلالِ لا يرجعُ إليه بعد الاختلال، الدليل عليه: إذا أعتق عبدًا، فإنه لا يرجع إلىٰ ملكه زَمِنَ أو لم يَزْمَن.

فأما الكفنُ فعلىٰ قول بعض أصحابنا يكون ملكًا للورثة، غير أن الموروث أحق به، فعلىٰ هذا لا نسلِّم أنه يدخل في ملكهم باستغناء الميت عنه؛ لأنه كان في ملكهم قبل ذلك، ومِن أصحابِنا مَن سلَّم ذلك، والفرقُ بينهما علىٰ هذا أن الكفن إنما هو لستر الميت، فإذا ذهب به السيل أو أكله السبع زال المعنىٰ، ولا يُرجىٰ عوده، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنه وقف المسجد للصلاة فيه، وذلك المعنىٰ حاصلٌ؛ لأن المارة يصلون فيه، ويُرْجىٰ عودةُ عمارة القرية والمَحِلة كما كانت، فلهذا قلنا: لا يعود إلىٰ ملكه.

فأما إذا وقف دارًا علىٰ قوم ثم انهدمت الدارُ لم يكن للموقوف عليهم بيع العَرْصة. وقال أحمد بن حنبل: لهم بيعُ العرصة؛ لأنهم لا يتوصلون إلىٰ الانتفاع بها إلا علىٰ ذلك الوجه.

وهذا غلط؛ لأنه لما لم يجز لهم البيعُ قبل الاختلال، فكذلك بعد الاختلال، كالعبد المعتق لا يجوز له بيعه بكل حال.

وأما قوله إنه لا يمكنهم الانتفاع بها إلا كذلك، فالجواب عنه: أنه ليس كذلك؛ لأنه يمكن إكراء العرْصة، ويمكن أن تعد من الآجر.

• فَصْلٌ •

إذا انكسرت نخلة من بستان موقوف، فهل يجوز بيعها أم لا؟ فيه وجهان؛ أحدهما: يجوز؛ لأنه تعذر الانتفاع بها علىٰ الوجه الذي شرطه وهو أخذ ثمرتها، **والثاني**: لا يجوز؛ لأن ما لا يجوز بيعه قبل الاختلال فكذلك بعده، كما بيناه فيما مضىٰ، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

إذا وقف على بطون، فأكرى البطن الأول الوقف عشر سنين، وانقرضوا لخمس سنين، فهل تبطل الإجارة فيما بقي من المدة؟ فيه وجهان؛ **أحدهما:** لا تبطل؛ لأن الإجارة لا تبطل بموت عاقدها، **والثاني:** تبطل؛ لأن البطن الثاني يأخذه عن الواقف لا عن البطن الأول، فقد تبينا أنهم تصرفوا في حق الغير، فكان تصرفًا باطلًا.

فإن قلنا: لا تبطل، فللبطن الأول ما قابل مدتهم، وللبطن الثاني ما قابل مدتهم من الأجرة.

فإن كان القدر الذي يخصُّ البطن الثاني علىٰ المستأجر أخذوه منه، وإن كان البطن الأول قبضوه منه وقت العقد، رجع البطن الثاني عليهم به في تركتهم.

وإن قلنا: يبطل في باقي المدة، [فهل يبطل في][1] التي مضت؟ فإن ذلك مبني علىٰ تفريق الصفقة.

فإذا قلنا: يبطل في الجميع، كان للبطن الأول أجرة المثل لمدتهم، وكان للبطن الثاني الخيار فيما بقي من المدة، فإن شاءوا أكروه من المستأجر، وإن شاءوا أكروه من غيره.

وإن قلنا: لا يبطل فيما مضىٰ، فللبطن الأول ما قابل ذلك من الأجرة المسماة، ويكون للبطن الثاني الخيار في حقهم علىٰ ما بيناه.

---

(١) ليس في (ص)، (ف).

• فَصْلٌ •

إذا وقف علىٰ قوم، وجعل النظر في الوقف لنفسه[١]، كان النظر إليه، وإن جعله إلىٰ غيره، كان النظر إلىٰ من جعله إليه، وإن أطلق ذلك ففيه وجهان بناء علىٰ القولين في انتقاله، فإن قلنا: ينتقل الملك إلىٰ الله تعالىٰ، فالنظر إلىٰ الحاكم، وإن قلنا: ينتقل إلىٰ الموقوف عليهم فالنظر فيه إليهم.

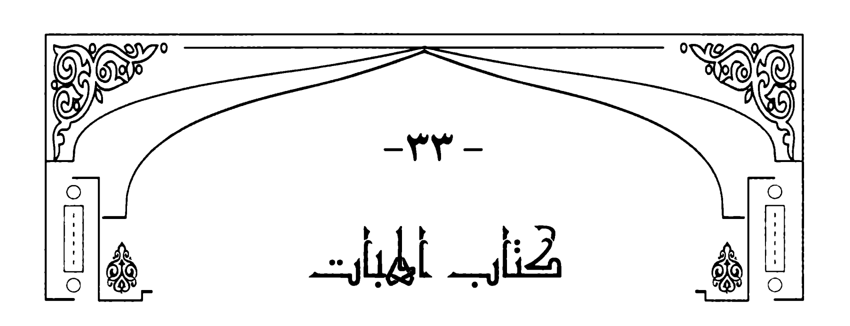
• فَصْلٌ •

إذا وقف شاةً كان صوفُها ولبنُها من منافعها وهي للموقوف عليه، وأما الولدُ ففيه وجهان؛ **أحدهما**: أنه لهم أيضًا، **والثاني**: أنه تابعٌ لأمه في الحكم، والله أعلم بالصواب.

انتهى كتاب العطايا والصدقات، ويليه كتاب الهبات



(١) في (ص، ف، ق): «نفسه» وفي حاشية (ص): «لعله: لنفسه»، قلنا: وهو الصواب.



- ٣٣ -

كتاب الهبات

◆ قال الشافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (وَمِنْهَا فِي الْحَيَاةِ الْهِبَاتُ وَالصَّدَقَاتُ غَيْرُ الْمُحَرَّمَاتِ وَلَهُ إِبْطَالُ ذَلِكَ مَا لَمْ يَقْبِضْهَا الْمُتَصَدَّقُ عَلَيْهِ وَالْمَوْهُوبُ لَهُ)(١).

وهذا كما قال.. الأصلُ في الهبة: الكتابُ، والسنةُ، والإجماعُ.

فأما الكتاب:

فقوله تعالىٰ: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ والهبة من البر، وقوله تعالىٰ: ﴿وَءَاتَى ٱلْمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِى ٱلْقُرْبَىٰ وَٱلْيَتَـٰمَىٰ وَٱلْمَسَـٰكِينَ﴾ فدل ذلك علىٰ أن إيتاء المال علىٰ وجه الهبة والصدقة من البر، وأنه مندوب إليه.

وأما السنةُ:

فما روىٰ جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبيِّ ﷺ قال: «**كُلُّ مَعْرُوفٍ صَدَقَةٌ**»(٢)، وروىٰ أبو هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبيِّ ﷺ: «**لو أُهْدي إليَّ ذراعٌ لقبلتُ، ولو دُعيتُ إلى كِراع لأجبتُ**»(٣)، وروىٰ أنس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبيَّ ﷺ كان يأمر بالهدية صلة بين

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٤).

(٢) أخرجه البخاري (٦٠٢١)، ومسلم (١٠٠٥).

(٣) أخرجه البخاري (٥١٧٨).

الناس، وروىٰ ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبيَّ ﷺ قال: «**تَدْرُون أيَّ الصَّدقةِ أفضل؟**» قالوا: الله ورسوله أعلم. قال: «**أن يمنحَ الرجل أخَاهُ الدِّرهمَ، أو يمنَحَه ظَهْرَ الدابَّةِ، أو يمنَحَهُ لبنَ الشَّاةِ**»[1].

وأما الإجماعُ:

فقد أجمعت الأمة علىٰ جواز الهبة واستحبابها.

إذا ثبت هذا، فإن الهبة والهدية والصدقة بمعنىٰ واحد، ولذلك نقول: إذا حلف لا يهب هبةً، فتصدق علىٰ مسكين بقطعةٍ، فإنه يحنث، غير أنه إذا قصد الثواب والتقرب بالهبة إلىٰ الله تعالىٰ أُطلق عليها اسم الصدقة، وإذا قصد بها التودد والمواصلة أُطلق عليها اسم الهدية.

ولا يلزمُ شيءٌ منها إلا بالقبض، وكذلك في العارية؛ لأنها هبة المنافع فما يستوفيه منها فهو لازم، وما لم يستوفِهِ بعد فهو في معنىٰ الهبة التي لم تقبض، وله أن يرجع فيها ويسترجع العارية، وكذلك إذا كان له دين حالٌّ فأجَّله فيه، كان ذلك هبة، ولا يلزم التأجيل إلا بمضيه، فأما ما لم يمضِ منه فهو غير لازم، وله أن يرجع عنه، ويطالبه بالدين في الحال.

وقال مالك: يلزمُ ذلك كلُّه بنفس العقد، ولا يفتقر إلىٰ القبض، ويتأجل الحقُّ بالتأجيل، ويلزم الأجل، فأما أبو حنيفة فإنه وافقنا إلا أنه قال: الأجلُ في الثمن يلزم ويلحق بالعقد.

واحتج من نصر مالكًا بما روي عن النبيِّ ﷺ قال: «**العائدُ في هبتِهِ كالعائدِ في قيئِهِ**»[2].

قالوا: ولأنها عطيةٌ تبرَّعَ بها، فوجب أن تلزم من غير قبض، أصلُه:

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٤٢٠)، و أحمد (٤٤١٥)، والطبراني في الأوسط (٥٣٢٦).
(٢) أخرجه البخاري (٢٥٨٩)، ومسلم (١٦٢٢).

الوقف، والوصية.

ودليلُنا ما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال لأم سلمة: «**إني أهديْتُ إلى النجاشِيِّ أواقيَّ من مِسْكٍ وحلةٍ، وإني لأراه يموتُ قبل أن تصِلَ إليه، [ولا أرى الهديةَ إلا ستُرد عليَّ، فإنْ رُدَّتْ عليَّ فهي لك**» فكان كما قال ﷺ مات النجاشي قبل أن تصل إليه][(١)]، فردت الهدية، فأعطىٰ النبيُّ ﷺ كلَّ امرأة من نسائه أوقية من ذلك المسك، وأعطىٰ سائره أم سلمة رضي الله عنها وأعطاها الحُلة[(٢)]، وهذا نص.

وعند مالك أنه إذا أهدىٰ رجلٌ إلىٰ آخر شيئًا لزمت الهدية قبل أن تصل إلىٰ المهدىٰ إليه، وقبل أن يقبلها، وليس للمهدي الرجوعُ فيها، والخبر بخلاف ذلك.

ويدلُّ عليه أيضًا إجماعُ الصحابة رضي الله عنهم وهو ما روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال لعائشة رضي الله عنها لما حضرته الوفاة: أي بنية، إنه ليس أحدٌ أحب إليَّ غناء منكِ، ولا أعز علي فقرًا منك، وإني كنت نحلتُكِ جداد عشرين وسقًا من أرضي بالغابة، وأنكِ لو حزتيه كان لكِ، وإذ لم تفعلي، فإنما هو للوارث، وإنما هو أخواكِ وأختاكِ فاقسموه علىٰ كتاب الله[(٣)].

وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: لا تتمُّ النِّحلة حتىٰ يحوزها المنحول له[(٤)].

وروي مثل ذلك عن عثمان، وابن عمر، وابن عباس، وأنس بن مالك، ومعاذ القاري، وعائشة رضي الله عنهم ولا يُعرف لهم مخالف.

ومن القياس: أنها هبةٌ غير مقبوضة فلا تلزم، أصله: إذا مات الواهبُ قبل القبض، فإنه لا يلزم الوارثَ تسليمُ تلك الهبة ولا يُجبر عليه؛ ولأن الوارث

---

(١) ليس في (ق).

(٢) أخرجه أحمد (٢٧٢٧٦)، والطبراني (٢٠٥)، والبيهقي (١١١٢٧).

(٣) أخرجه مالك (٢/ ٧٥٢) وعبد الرزاق (١٦٥٠١) والطحاوي (٥٨٤٤) والبيهقي (١١٩٤٨).

(٤) أخرجه مالك (٢٧٥٣) والبيهقي (١١٩٤٩) بنحوه.

إذا لم يُجبر علىٰ التسليم، فالموروثُ أولىٰ؛ لأن الوارثَ نائبٌ عنه وقائمٌ مقامه في التركة؛ ولأن الموروثَ أقوىٰ من الوارث، ولهذا يلزم الوارث الوصية في ثلث التركة ولا يلزم الموروث ذلك، فإذا كان الوارثُ مع ضعف حاله لا يجبر علىٰ التسليم فالموروث أولىٰ.

فأما الجوابُ عن الخبر، فهو أن ظاهره يقتضي العودَ بعد وجود القبض؛ لأن العطية ظاهرها التسليم والدفع، وكذلك التشبيهُ الذي ذكروه بالكلب؛ لأن الكلب يقيء فينفصل قيؤه.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على الوصية، فهو أن الوصية بالعكس عندهم؛ لأن الهبة لا تلزم الوارث وتلزم الموروث، والوصيةُ لا تلزم الموروثَ وتلزم الوارث.

ثم نقلب القياس، فنقول: فوجب أن لا يلزمَ بمجرد القول، وأما الوقفُ فهو إزالة ملك إلىٰ الله تعالىٰ علىٰ وجه التقرب، فهو كالعتق، فكان لازمًا بمجرد القول، ألا ترىٰ أنه يلزم الوارث كما يلزم الموروث، والهبةُ عطيةٌ فلم تلزم بمجرد القول كما أجمعنا علىٰ ذلك في حق الوارث.

إذا ثبت هذا، فإذا وهب شيئًا هبةً صحيحة، ثم إنه باعه فإن كان قبل الإقباض صح البيع وانفسخت الهبة، وإن كان بعد القبض لم يصحَّ البيع؛ لأنه صار ملكًا لغيره.

وإن كانت الهبةُ فاسدةً، [فإن باع قبل القبض صحَّ، وإن باع بعد القبض فإن كان يعلم أنها فاسدة][1] وأنه لا يملك بها صحَّ البيع، وإن كان يعتقد أنها صحيحةٌ وأن الموهوب له قد ملكها، فهل يصح البيع أم لا؟ علىٰ وجهين؛ **أحدهما**: يصح لأنه صادف ملكه، **والثاني**: لا يصح؛ لأنه يبيع ويعتقد أنه

(١) ليس في (ق).

متلاعب بذلك وأن البيع ليس بصحيح.

وهذا كما قلنا في الرجل يبيع مال موروث له، وعنده أنه ما مات، ثم تيقن أنه يكون قد مات قبل البيع، فإن المسألة على قولين، وقيل على وجهين.

وكذلك إذا كاتب عبده كتابة فاسدة، ثم إنه أوصى برقبته وهو معتقدٌ صحة الكتابة ولزومها، فهل تصح الوصية؟ على قولين؛ **أحدهما**: لا تصح؛ لأنه يعتقد أن الوصية لا تصح، وأن الكتابة لازمة له، **والثاني**: تصح لأنها صادفت ملكه، والله أعلم بالصواب.

• فَصْلٌ •

إذا قبض الموهوبَ بإذن الواهب صحَّ القبض، ولزمت الهبة، وحصل الملك، وأكثر أصحابنا على أن الملك حصل من حين وقت القبض، ولا يبين بالقبض ملك سابق بالعقد.

ومِن أصحابِنا مَن قال: تبين بالقبض أن الملك وقع بالعقد، كما قلنا في الوصية، وأن الموصى له إذا قبِل، تبينا بالقبول أن الملك حصل بالموت.

والصحيحُ ما ذكرنا قبل؛ لأن القبض شرطٌ في حصول الملك[١]، كما نقول: إن القبض شرط في لزوم الرهن، فإذا حصل لم نقل إنا تبينا أن الرهن كان له، وكذلك الضمان في البيع ينتقل إلى المشتري بقبض المبيع، ولا نقول إنا تبينا بالقبض أن الضمان كان قد انتقل بالبيع.

وأما إذا لم يأذن له في القبض، فليس له أن يقبضه، وإن قبضه كان القبض فاسدًا، ووجب عليه ردُّه؛ لأن القبض في البيع آكد من القبض في الهبة، ثم ثبت أنه إذا قبض المبيعَ قبل تسليم الثمن كان القبضُ فاسدًا، ويلزم رده.

---

(١) ينظر: (ص ٣٤٤).

فإن قيل: أليس إذا قبض المشتري المبيعَ قبل تسليم الثمن بغير إذن البائع انتقل به الضمان حتىٰ إذا هلك في يده لم ينفسخ البيع؟

قلنا: إنما انتقل الضمانُ إليه بذلك القبض؛ لأنه قبض بغير إذن البائع، والقبضُ إذا كان بغير إذن مَن له الإذن، تعلَّق به الضمانُ كالمغصوب، ولأنا غلظنا عليه الأمر بانتقال الضمان إليه؛ لأنه قبض بغير إذن البائع.

فإن قيل: أليس إذا سلم إليه الثمن، [ثم قبض المبيعَ بغير إذن البائع كان القبضُ صحيحًا.

قلنا: لأنه إذا سلم إليه الثمن](١) استحق قبض المبيع، ووجب علىٰ البائع تسليمُه، فإذا قبضه بغير إذنه فقد قبض ما استحق قبضَه، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن الموهوبَ له ما استحق قبض الموهوب، فلهذا لم يصح القبض بغير إذن الواهب.

فإن قيل: قد قلتم إذا كان له عليه حقٌّ فأخذه من ماله بغير إذنه صحَّ القبض.

قلنا: ينظر فيه، فإن كان مقرًّا له بحقٍّ باذلًا له إياه، فقبضه بغير إذنه، لم يصح القبض، ووجب عليه ردُّه، لأنه ليس له أن يتحكم عليه في أمواله في القضاء، وله أن يقضي من أيها شاء، وإن كان جاحدًا لها، أو مقرًّا غير أنه مماطِل، صحَّ القبض؛ لأنه صار مأذونًا له فيه، والقبضُ إذا كان مأذونًا فيه صح إذا وُجِد، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن القبضَ غير مأذون له فيه، فلهذا لم يصح.. هذا كلُّه ترتيب مذهبنا.

وقال أبو حنيفة: إذا قبض الموهوبَ في المجلس بغير إذن الواهب صحَّ ولزم العقد، وإن قام من المجلس لم يكن له أن يقبضه إلا بإذنه، وإذا قبضه

---

(١) ليس في (ص).

بغير إذنه لزمه ردُّه.

واحتج من نصره بأن إيجابه للهبة تضمن الإذنَ في القبول مختصًّا بالمجلس فإذا قبض فيه صح، وإذا قبض بعد ما قام منه لم يصح.

ودليلنا: أنه لم يؤذن له بعد العقد في هذا القبض، فوجب أن لا يصحَّ كما لو قبض بعد ما قام من المجلس؛ ولأنه قبضٌ لو كان بعد القيام من المجلس لم يصح، فكذلك إذا كان قبل القيام منه، كما لو نهاه عن القبض.

فأما الجوابُ عما ذكروه من أن الإيجاب تضمن الإذن في الأمرين، فهو أنَّا لا نسلِّم ذلك، والإيجابُ لا يتضمنُ إذنًا في القبول، وإنما يثبتُ له بالشرع أن يقبل كما يثبت للبائع أن يوجب، ألا ترىٰ أنه إذا سبق فقال: «بعتُكه» وصح، ولم يكن أَذِن في القبول، ولو كان الإيجاب يتضمن الإذن في القبض لوجب أن يصحَّ إذا قام من المجلس ثم قبض، ألا ترىٰ أنه إذا عقد البيع ثم أذن له في القبض، فقبض بعد القيام من المجلس؛ صحَّ، ولما أجمعنا علىٰ أن قبضه بعد القيام من المجلس لا يصح، ثبت ما ذكرنا وبطل ما قالوه.

• فَصْلٌ •

إذا وهب له شيئًا، وقَبِل الموهوبُ له الهبة، ثم مات الواهب، فهل تبطلُ الهبةُ أم لا؟ فيه وجهان؛ أحدهما: أنها تبطل؛ لأنها عقدٌ جائز ما لم يحصل القبض، والعقودُ الجائزةُ تبطلُ بالموت؛ كالشركة والوكالة، **والوجه الثاني** - وعليه أكثر أصحابنا - أن العقد لا يبطلُ بموت الواهب؛ لأنه وإن كان جائزًا في الحال، غير أنه يئول إلىٰ اللزوم، فهو كالبيع في مدة الخيار، فإن أحد المتبايعين لو مات في مدة الخيار لم يبطل العقد؛ لأنه وإن كان جائزًا في الحال، فإنه يئول إلىٰ اللزوم، ويفارق الشركة والوكالة؛ لأنهما لا يئولان إلىٰ اللزوم؛ فلهذا بطلا بالموت.

• فَصْلٌ •

إذا وهب له هبة، وقبل الموهوب له، ثم أذن له في قبضها، ورجع عن الإذن، فإنه يُنْظَرُ: فإن كان بعد القبض لم ينفعه رجوعه، ولزم العقد، وإن كان قبل أن يقبض لم يكن له القبض، وإن قبض لزمه الردُّ، كما نقولُ في السيد يأذنُ لعبده في الإحرام بالحج أو في النكاح، لم يرجع، فإن رجع قبل العقدِ بطل الإذن، وإن رجع بعد العقد لم ينفعه رجوعُه.

• فَصْلٌ •

إذا وهب له شيئًا في يده، مثل أن يكون له في يده وديعة فيهبها له، نظر، فإن أذِنَ له في القبض ومضىٰ بعد ذلك زمانٌ يمكن القبض، لزم العقد، وإن لم يأذن له في القبض، فهل يلزم العقدُ بمضي الزمان، أو لا بد من القبض؟ ذكر الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في كتاب «الإقرار والمواهب» أنه إذا وهب له وديعةً في يده، ومضىٰ زمانُ القبض لزم العقد، وقال في «الرهن»: ولو رهنه وديعة له في يده، وأذن له في قبضه، فجاءت عليه مدة يمكنه فيها أن يقبضه، فهو قبضٌ بشرط الإذن.

واختلف أصحابُنا في ذلك علىٰ ثلاثة طرق:

فمنهُم مَن قال: مطلقُ كلامه في «الإقرار والمواهب» محمولٌ علىٰ ما شرطه في «الرهن»، فيكون الإذن شرطًا فيه.

ومنهم مَن حملهما علىٰ ظاهرهما، وقال: يفتقر القبضُ إلىٰ الإذن في الرهن لأنه عقدٌ ضعيف، ولا يفتقر إلىٰ الإذن في الهبة لقوته، ألا ترىٰ أنه إذا لزم أزال الملك، وعقدُ الرهن لا يُزيل الملكَ بحال.

قال القاضي أبو الطيب رَحِمَهُ اللَّهُ: ويلزمُ هذا القائلَ أن يفرِّق بينهما في الإذن

أيضًا إذا كان الرهنُ والموهوبُ في يد غيرهما، وقد سوَّىٰ بينهما في[١] الحال، وقال لا بد من الإذن في القبض، فبطل هذا الفرق.

ومِن أصحابِنا مَن نقل الجوابَ في كلِّ واحدةٍ منهما إلىٰ الأخرىٰ، وخرجهما علىٰ قولين؛ **أحدهما**: يفتقر إلىٰ الإذن كما لو كان في يد غيرهما، **والثاني**: لا يفتقر إليه؛ لأن إقرار[٢] يده عليه بعد العقد دليلٌ علىٰ رضاه بالقبض، ويفارقُ إذا كان في يد غيرهما؛ لأنه ما رضي بإقرار يدِ الموهوب له عليه، فلم يُجعل رضًا بالعقد، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَيَقْبِضُ لِلطِّفْلِ أَبُوهُ)[٣].

وهذا كما قال.. إذا وُهِب للصبيِّ المولىٰ عليه شيءٌ نُظِرَ، فإن كان الواهبُ غير وليه قبِل وليه سواء كان بغير تولية كالأب والجد، أو بتولية كالوصي.

وإن وَهَبَ الوليُّ للصبي، فإن كان وليًّا بغير تولية قبلها أيضًا، ويصح ذلك؛ لأنه لما جاز أن يكون في البيع موجبًا، قابلًا، فكذلك في الهبة، وإن كان بتولية لم يصح أن يقبلها، كما لا يصح أن يبيع من مال الصبي شيئًا لنفسه [أو يشتري منه لنفسه][٤]، وينصبُ الحاكمُ من يقبل منه هبته للصبي، فإذا قَبِلها صحَّت الهبة، والله أعلم بالصواب.

---

(١) زاد بعدها في (ف): «ملك».

(٢) في (ف): «إقراره»، وهو تصحيف.

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٤).

(٤) ليس في (ص).

• فَصْلٌ •

ذكر الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ في كتاب «الإقرار والمواهب»[١] مسائل، منها: أنه إذا قال: «وهبتُ له هذا الشيء»، وقبل الهبة، وأقبضه إياها، صحَّ العقد، ولزم بإقراره، سواء كان الموهوبُ له في يد الواهب، أو في يد الموهوب له؛ لأنه إذا كان في يد الواهب، لم يدل ذلك علىٰ أنه ما أقبضه بعد؛ لأنه يجوز أن يكون قد أقبضه ثم رجع إليه بسبب آخر، فإن قال بعد ذلك: «ما كنتُ أقبضتُه إيَّاها، وإنما كنتُ وعدتُه بالقبض»، لم يقبل رجوعه عن إقراره؛ لأنه يكذب نفسه فيما تقدم من إقراره.

فإن قال: «حلِّفوه لي أنه كان قد قبضه»، فهل يحلف أم لا؟

ذكر الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنه يحلفُ، وظاهره أنه يحلفُ علىٰ جميع الأحوال، ومِن أصحابِنا مَن قال: إن كان يدعي أن وكيله أخبره أنه أقبضه إياه، فأخبر علىٰ ذلك الظاهر، ثم بان له بعد أنه ما كان قد أقبضه، حلف المقر له بالهبة، فأما إذا لم يدع ذلك وكان إقراره بقبض تولاه بنفسه؛ لم يحلف الموهوب له، وقد استوفينا هذه المسألة في «كتاب الرهن».

قال: وإذا قال: «قد وهبتُ هذا الشيء له، وخرجتُ إليه منه»، فليس هذا بصريح في الإقرار بالقبض، فيُنْظَر:

فإن كان الموهوب في يد الموهوب له، كان ذلك إقرارًا بالقبض، فيكون ذلك أمارة علىٰ أنه أراد به القبض.

وإن كان في يد الواهب، لم يلزمه الإقرار بالقبض، ويكون معنىٰ قوله: «خرجتُ إليه منه»، أنه إذن له في القبض، ولم يقبض بعد.

---

(١) الأم (٦/ ٢٣٧).

قال: ولو قال: «وهبتُه له وملكه»، لم يكن إقرارًا بلزوم الهبة؛ لأنه يجوز أن يكون ذلك علىٰ قول مالك رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأن عنده تلزم الهبةُ بنفس العقد ويملك الموهوب له به، فلا تلزمه الهبة مع احتمال ذلك المعنىٰ.

قال: ولو قال: «وهبتَ لي هذا الشيء وأقبضتنيه وملكتُه»، فقال: «نعم»، كان ذلك إقرارًا بلزوم الهبة فكأنه قال: قد وهبت لك وأقبضتُكه وملكتَه؛ لأن لفظة «نعم» علىٰ وجه التصديق، ولهذا إذا قال لرجل: «لي عليك ألفُ درهم»، فقال: «نعم»، كان إقرارًا بالألف علىٰ نفسه فكأنه قال: «لك عليَّ ألف درهم»، فكذلك هاهنا.

• فَصْلٌ •

هبة المشاع جائزة، سواء كان ذلك مما يمكنُ قسمتُه أو لا يمكنُ قسمتُه، وبه قال مالك، وأحمد، وإسحاق، وأبو ثور، وداود، وقال أبو حنيفة: هبة المشاع مما لا يمكنُ قسمتُه تصحُّ مثل الحيوان، والجواهر، والرحىٰ وغيرها، فأما ما ينقسمُ فلا تجوزُ هبتُه.

واحتج من نصره بأنه وهب جزءًا مشاعًا [مما يمكن قسمته، فوجب أن لا تصح هبته، كما إذا وهب له جزءًا من ثمرة علىٰ رءوس النخل مشاعًا][1]، وأصله: إذا اشترىٰ من صُبْرة من طعام قفيزًا، ثم وهبه قبل أن يكتاله، ويميزه من الصُّبْرة.

قالوا: ولأن من شرط الهبة القبضَ والحيازة، فإذا وهب له جزءًا مشاعًا، فإنه لا يمكنه قبضه وحيازته.

(١) ليس في (ق).

ودليلُنا ما روي عن النبيِّ[١] ﷺ أنه اشترىٰ سراويل بأربعة دراهم، وقال للوزَّان: «**زِنْ وأَرْجِح**»، فقوله: «وأرجح» هبة للرجحان، وهو مشاع.

فإن قيل: كان ذلك زيادةً في الثمن وهو يلحقُ بالعقد.

قلنا: قد دللنا علىٰ أن الزيادة لا تلحق بالعقد، وهذا مبنيٌّ علىٰ ذلك، فدل علىٰ أن الرجحان كان هبة.

وأيضًا ما روىٰ عُمير[٢] بن سلمة الضَّمْري[٣] قال: بينا نحن نسير مع رسول الله ﷺ بالروحاء وهم حُرُم، إذا حمارُ وحشٍ معقور، فقال رسول الله ﷺ: «**دعُوه يُوشِكُ أن يأتِيَه صاحِبُه**» فجاء رجلٌ من بَهْزٍ[٤] - وهو الذي عقره - فقال: يا رسول الله، شأنكم بهذا الحمار، ويُروىٰ أنه قال: هو لكم، فأمر رسول الله ﷺ أبا بكر فقسمه بين الناس، فوهبه البهزي[٥] للجماعة[٦].

وعند أبي حنيفة هبة الشيء للجماعة لا يجوز.

فإن قيل: كان ذلك إباحة ولم تكن هبة.

قلنا: قول البهزي[٧] يقتضي التمليك، ولأنهم اقتسموه، وما أباحه الرجل من الطعام لا يجوز لهم قسمته، ألا ترىٰ أنه إذا دعا قومًا، وقدَّم إليهم طعامًا، فقد أباح لهم أكله، ولا يجوزُ لهم أن يقتسموه، ولا أن يلقموا غيرهم منه.

وروي عن النبيِّ ﷺ أنه قال يوم حُنَين: «**مَا لِي ممَّا أَفَاءَ اللهُ عليكُم إلَّا**

---

(١) أخرجه الطبراني في الأوسط(٦٥٩٤)، و البيهقي في الآداب (٥٠٩)، وفي الشعب (٥٨٣٠).

(٢) في (ص): «عمر»، وهو تصحيف.

(٣) في النسخ: «البصري»، وهو تصحيف، وهو صحابي، ترجمته في الاستيعاب (٣/ ١٢١٧).

(٤) في النسخ: «فهر»، وهو تصحيف.

(٥) في النسخ: «الفهري»، وهو تصحيف.

(٦) أخرجه النسائي (٤٣٤٤)، والحاكم (٦٦١٨)، والبيهقي (١٨٩١٥).

(٧) في النسخ: «الفهري»، وهو تصحيف.

الخُمُس، والخُمُسُ مردودٌ فيكم، فردُّوا الخَيْطَ والمِخْيَطَ»، فقام رجلٌ في يده كُبة شعر، فقال: أخذتُ هذه لأصلح برذعة بعيري، فقال: «**أمَا مَا كان لِي ولبَنِي عبدِ المطَّلبِ، فهُوَ لكَ**» فقال: «**أمَا إذَا بلغتَ ما أَرَى فَلا أرَب لي فِيهَا**»، ونَبَذها[(١)]

وكانت حصةُ النبي ﷺ من الكُبة مشاعةً، فدل ذلك علىٰ جواز هبة المشاع؛ ولأنه جزءٌ مشاعٌ يجوز بيعُه فصحت هبتُه، وأصلُه: ما لا يمكن قسمتُه؛ ولأن كلَّ عقد صح في المشاع الذي لا يمكن قسمتُه، صح في المشاع الذي يمكنُ قسمتُه كالبيع؛ ولأنه عقدٌ يصح علىٰ بعض الجملة مقسومًا، فصح علىٰ بعضها مشاعًا قياسًا علىٰ البيع؛ ولأن الشياعة فيما لا يمكنُ قسمتُه أثبت وآكد، ومع تأكدها لا تمنع الهبة المشاعة، فالشياعةُ فيما يمكن قسمتُه أولىٰ أن لا تمنع الهبة؛ ولأن أبا حنيفة سلَّم لنا أنه إذا وُهِب اثنان شيئًا بينهما من واحدٍ صحَّ، وهذه هبة مشاع.

فإن قيل: إذا وُهِبا من واحدٍ فقد حَصَلَ في ملك الموهوب له مفردًا من غير إشاعة.

قلنا: ولكنهما أوجبا في مشاع، وقيل هو نصيبُ كلِّ واحد منهما مشاعًا، ثم بعد ذلك حصل في ملكه غير مشاع، فالعقد يتناوله مشاعًا.

فأما الجوابُ عن قياسِهِم الأول، فهو أن نقول: هذا يبطل بالاثنين إذا وهبا شيئًا من واحدٍ، فإنه يصح، وقد وهبا شيئًا[(٢)] مشاعًا، وأما الثمرةُ فلا نسلمها، وعندنا يجوز بيعها وهبتها علىٰ تلك الصفة، وأما الصُّبْرةُ فليس المعنىٰ في

---

(١) أخرجه أحمد (٦٧٢٩) وأبو داود (٢٦٩٤) والنسائي (٣٦٨٨) والبيهقي (١٣١٧٧)، وفي المعرفة (٤٠٣٤) عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما.

(٢) ليس في (ف).

عدم جواز هبة ما ابتاع منها ما ذكروه، وإنما المعنىٰ فيه أنه يتصرف فيه قبل القبض، ألا ترىٰ أنه لو اكتاله وميزه وبعد لم يقبضه لم تصح هبته، ولا ينفذ تصرفه فيه، فإن قبضه حينئذٍ صحت هبته.

وأما الجوابُ عن قولهم إنه لا يمكن قبضه، فهو أنه يبطل بما لا يمكن قسمتُه، ثم أجمعنا علىٰ جواز بيعه، (ولا بد من)[1] القبض في البيع؛ لأنه شرط في استقراره والتصرف في المبيع كما لا بد منه في الهبة؛ [لأنه شرطٌ في لزومها، فكلُّ قبضٍ جوَّزتموه في البيع، فهو الذي نجوِّزه في الهبة][2].

إذا ثبت ما ذكرناه، فإن وهب شيئًا مشاعًا، فلا يخلو من أن يكون مما يُنقل ويُحول، أو يكون مما لا يُنقل ويُحول:

[فإن كان مما لا يُنقل ويُحول][3] مثل أن يهب له نصف دار، فالقبض فيها هو التخلية، فإذا خلىٰ بينه وبينها فقد حصل القبضُ ولزم العقد.

وإن كان مما يُنقل[4] فلا بد من القبض، والقبضُ النقلُ والتحويلُ، ولا يمكن النقلُ والتحويلُ إلا بإذن الشريك، فيقال للشريك: «أترضىٰ أن يقبض الموهوبُ له الكل، فيصير النصف منه مقبوضًا والنصف وديعة لك عنده»، فإن أجاب فذاك، وإن أبىٰ قيل للموهوب له: «أترضىٰ أن توكل الشريك فيقبض الكل نصفه لك ونصفه له»، فإن أجاب قبض له، وإن أبىٰ كل واحد منهما، نصب الحاكمُ من يقبض الكل، نصفه قبض هبة، ونصفه قبض أمانة

---

(١) في (ق): «ولا يلزم».

(٢) ليس في (ق).

(٣) زيادة ضرورية.

(٤) أي: يُنقل ويُحول.

للشريك حتىٰ يتم عقد الهبة بينهما.

فرع

إذا وهب رجلٌ شيئًا لرجلين، فإن قَبِلا وقَبَضَا تمت الهبةُ في الجميع، وإن قبل أحدُهما وقبض تمت الهبة في النصف؛ لأنه بمنزلة العقدين؛ لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين والصفقتين إذا انفردتا، والله أعلم بالصواب.



باب العمرى من كتاب اختلاف مالك والشافعي

◆ قال الشافِعِيُّ ﷺ: (أَخْبَرَنَا ابن عيينة، عَنْ عَمْرٍو، عَنْ طَاوُسٍ [عَنْ حُجْرٍ الْمَدَرِيِّ][1] عَنْ زَيْدٍ عن النبيِّ ﷺ أَنَّهُ جَعَلَ الْعُمْرَى لِلْوَارِثِ)[2].

وهذا كما قال.. العُمرىٰ نوع من الهبات، فتفتقرُ صحَّتها إلىٰ إيجاب وقبول، ويفتقرُ لزومُها إلىٰ قبض، وهي مشتقة من العُمْر.

وصورتُها: أن يقولَ الرجلُ للرجل «أعمرتُك هذه الدار، وجعلتُها لك عُمْرك»، أو «هي لك ما حيِيتَ»، أو «ما بقِيتَ»، أو «ما عشْتَ»، وما في معنىٰ ذلك، فهذا العقد جائز، وبه قال الفقهاء أجمع.

ومن الناس من قال: العمرىٰ لا تجوز، واحتج بأن النبيَّ ﷺ نهىٰ عن الغرر[3] لأنه لا يدري كم مدة عمره؛ لأنه قيد الهبة بانتهاء العمر، ولم يطلقها، فلم تجز كما لو قال: «وهبتُه لك سنة».

ودليلُنا ما روىٰ أبو هريرة ﷺ عن النبيِّ ﷺ قال: «**العُمْرى لمن وَهَبَ له**»[4].

فأما الجوابُ عن الخبر الذي ذكروه، فهو أنه عام وخبرنا خاص، فيقضىٰ به عليه.

---

(١) ليس في النسخ، وإثباته ضروري.
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٤).
(٣) أخرجه مسلم (١٥١٣).
(٤) أخرجه البخاري (٢٦٢٥)، ومسلم (١٦٢٥).

وأما الجوابُ عن الاستدلال الذي ذكروه، فهو أنه إذا قال «وهبتُه لك[1] سنة» فقد قيده بشرط يخالف مقتضىٰ إطلاق العقد، وليس كذلك إذا قيده بالعمر، فإنه شرط يقتضيه إطلاق العقد، فلذلك صح.

إذا ثبت ما ذكرناه، فلا يخلو من أن يقول إذا أعمره دارًا «هذه الدار لك عمرك ولعقبك من بعدك»، [أو يطلق ذلك فيقول: «لك عمرك» ويمسك، أو يقول «لك عمرك فإذا مِتَّ رجعتْ إليَّ»، فأما إذا قال «هذه الدار لك عمرك ولعقِبك من بعدك»][2]، فإنه جائز، والدليلُ عليه ما روىٰ جابر رضي الله عنه أن النبيَّ صلى الله عليه وسلم قال: «**أيُّما رجلٍ أُعْمِر عُمْرى له ولعقبه، فإنَّما هي للذِي يُعْطاها لا تَرْجِعُ إلى الذي أعْطَى**»[3]؛ لأنه أعطىٰ عطاءً وقعت فيه المواريث.

وأما إذا أطلق ذلك ولم يذكر العقبَ، فإن الشافعي رحمه الله قال في الجديد: يصح ذلك، ويكون له ولعقبه من بعده كما ذكرنا في القسم الأول.

قال أبو إسحاق: وقولُه في القديم إن العمرىٰ تصح، وتكون للمعمر حياته، فإذا مات رجعت إلىٰ المعمِر أو إلىٰ ورثته إن كان قد مات.

ومِن أصحابِنا مَن قال: قولُه القديم بخلاف ذلك، وهو أن العمرىٰ باطلة.

ولا يجوز أن يكون علىٰ ما قاله أبو إسحاق؛ لأنه لا يجوز أن تكون رقبة الدار ملكًا للمعمر، ثم إذا مات انتقلت إلىٰ من ملكه إياها؛ لأن من ملك عينًا ثم مات انتقل ملكها إلىٰ ورثته، وإنما تتعاقب المنافعُ دون الأعيان.

قال القاضي رحمه الله: قولُه القديم - علىٰ ما قاله أبو إسحاق - أشبه بالسُّنة،

---

(١) زيادة ضرورية.

(٢) ليس في (ق).

(٣) أخرجه مسلم (١٦٢٥).

وعلىٰ ما قاله غيره أقيس.

إذا ثبت هذا فإذا قلنا بقوله القديم، فوجهُهُ ما روي أن النبيَّ ﷺ قال: «**أيُّما رجلٍ أُعْمِر عُمْرى له ولعقبِهِ، فإنَّما هي للذي يُعْطَاها، لا ترجِعُ إلى الذي أَعْطَاها؛ لأنه أعطى عطاءً وقعت فيه المواريث**»[١]، فشرط أن يكون قد أعمِرها له ولعقبه، فدل علىٰ أنه إذا أعمرها له دون عقبه أنها ترجع إلىٰ الذي أعطاها.

وروي عن جابر رضي الله عنه قال: إنما العمرىٰ (التي أجازها)[٢] رسولُ الله ﷺ أن يقول «هي لك ولعقبك»، فأما إذا قال «هي لك ما عشت»، فإنها ترجع إليه[٣]، ففسَّر جابرٌ الخبر، وتفسيرُ الراوي للخبر أولىٰ من غيره، فإنه أعرف بمراد النبي ﷺ.

فمن قال: تبطلُ العمرىٰ علىٰ قوله القديم، حَمَلَ قوله: «فإنها ترجع إلىٰ الذي أعطاها» علىٰ الرجوع في الحال؛ لأن العمرىٰ إذا لم تصح تبقىٰ علىٰ ملك المعمِر، ومن قال: تصح العمرىٰ، حَمَلَ الرجوع إليه علىٰ أن ذلك يكون بعد موت المعمر.

وإذا قلنا بقوله الجديد، فوجهُهُ ما روىٰ أبو الزبير عن جابر رضي الله عنه أن النبيَّ ﷺ قال: «**من أُعْمِر شيئًا حياتَه فهو له حياتَه وبعدَ موتِهِ**»[٤]، فجوَّز ذلك وجَعَلَها له ولورثته من بعده، وروي أن امرأة أعطاها ابنُها حديقةً من نخل، فماتت، فجاء إلىٰ النبي ﷺ فقال: إنما تصدقت به عليها، فقال: «**ذاكَ أبعدُ**

---

(١) أخرجه مسلم (١٦٢٥) عن جابر رضي الله عنه.

(٢) في (ق): «لمن اختارها»، وهو تحريف.

(٣) أخرجه مسلم (١٦٢٥).

(٤) أخرجه أبو داود (٣٥٥٩)، والنسائي (٣٧١٢)، وابن ماجه (٢٣٧٩).

لك»[١]، فأخبر الرجل أنه أعمرها حياتها، فحَكَمَ النبيُّ ﷺ بصحة ذلك، وجعلها لها ولورثتها، وروىٰ زيدُ بن ثابت رضي الله عنه أن النبيَّ ﷺ قال: «**مَنْ أُعْمِرَ عُمْرى فهي له مَحْياه ومَمَاته**»[٢].

ولأنه لا فائدة لشرط العقب؛ لأنه إذا ثبت ذلك ملكًا للمعمر وجب انتقاله بموته إلىٰ من يرثه من عقبه، وإذا كان كذلك فلا فرق بين أن يذكر أنها له ولعقبه وبين أن يطلق ذلك، وإذا صح عند التقييد فكذلك عند الإطلاق، ويكون الحكم فيه كما لو قيد.

فأما الجوابُ عما احتجوا به من دليل الخطاب من الخبر الذي ذكروه، فهو أنَّا قد روينا نطقًا صريحًا في جواز ذلك، والنطق أقوىٰ من دليل الخطاب.

وأما ما ذكروه من تفسير جابر، فالجواب عنه: أن الرواية عن جابر في ذلك مختلفة، وقد روينا ما لم تختلف فيه الرواية، فوجب تقديم رواية جابر التي احتججنا بها لمعاضدة رواية غيره.

وأما إذا شرط في العمرىٰ أن ترجع إليه إذا مات المُعْمَرُ أو إلىٰ ورثته، فمن قال إن قولَه القديم علىٰ ما ذكره أبو إسحاق، ففي هذا الموضع قال: تصح العمرىٰ، ويكونُ ذلك شرطًا لما اقتضاه الإطلاق.

ومن قال قولُه القديمُ إن العمرىٰ المطلقة باطلة، فهذا الشرطُ يزيدها فسادًا وبطلانًا، وأما علىٰ القول الجديد فيسقطُ الشرطُ وتصحُّ العمرىٰ وتكون له ولورثته من بعده، بدليل أن النبيَّ ﷺ أطلق اللفظ في العمرىٰ فحمل علىٰ عمومه.

وأما الشرطُ الذي ذكره فليس هو علىٰ المعمِرِ الذي يملك العمرىٰ،

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٩١١٦)، وأبو داود (٣٥٥٧)، والبيهقي (١١٩٧٧).

(٢) تقدم تخريجه في الصفحة السابقة.

وإنما هو شرط علىٰ إنسان آخر غيره وهو الوارث، ولا حق له في الحال في العمرىٰ، فكان وجوده وعدمه سواء.

• فَصْلٌ •

والرُّقْبَى عندنا جائزةٌ، وهي نوع من الهبات، تفتقِرُ صحتها إلى إيجاب وقبول، ولزومها بالقبض، كما ذكرنا في العمرى، وقال أبو حنيفة: الرقبىٰ باطلة؛ لأن صورتَها أن يقول: «أرقبتُك هذه الدار، فإن متُّ قبلك كانت الدار لك، وإن متَّ قبلي كانت راجعة إليَّ وباقية علىٰ ملكي كما كانت»[1]

وهذا تعليقُ ملك بصفة؛ لأنه علقه بموته، وجعله له إذا مات، وذلك لا تصح، كما لو قال: «إن جاء رأسُ الشهر فقد وهبتُ لك كذا».

قالوا: وروي عن مجاهد رَحِمَهُ اللَّهُ أنه قال: الرُّقبىٰ أن تقول: هذه الدار للآخر مني ومنك موتًا.. فثبت أن صورتها ما ذكرنا، وقد دللنا علىٰ بطلانها.

ودليلُنا ما روىٰ جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبيَّ ﷺ قال: «**يا معشَرَ الأنْصَارِ، أمسِكُوا عليكُم أموالَكُم، لا تُعْمِروها ولا تُرْقِبوها، فمن أُعْمِرَ شيئًا أو أرقبه فهو له ولورثتِهِ**»[2] فجمع بين العُمرىٰ والرُّقبىٰ وجوَّزهما معًا.

فإن قيل: معنىٰ قوله: «**فهو له ولورثته**» أي: للموهِب ولورثته.

فالجوابُ: أن الكناية راجعةٌ إلىٰ ما تقدم ذِكْره دون ما لم يجْرِ له ذِكْر، والذي تقدم ذِكْره هو المعمر والمرقب ولأنه قال: فمن أعمر شيئًا أو أرقبه، ويدل عليه ما روىٰ جابر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبيِّ ﷺ قال: «**العُمْرى جائزةٌ لأهلِها والرُّقبى جائزةٌ لأهلِها**»[3]

---

(١) مختصر اختلاف العلماء (٤/ ١٥٠).

(٢) أخرجه أحمد (٤٩٠٦)، والنسائي (٣٧١٣).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥٥٨)، والترمذي (١٣٤٩)، والنسائي (٣٧٣٩).

فأما الجوابُ عن قولهم إن الرقبى تعليقُ ملكٍ بزمان مستقبل، فهو أنه ليس كذلك، وإنما هو تمليك في الحال؛ لأنه يملكه الدار في الحال علىٰ أنه إذا مات قبله رجعت إليه، وإن مات هو فهي للمرقب، وهذا تمليكٌ في الحال.

فإن قيل: فعلىٰ هذا التصوير جعلتم الرُّقبىٰ بمنزلة العمرىٰ.

قلنا: ليس كذلك؛ لأن في الرُّقبىٰ إذا مات المرقِب استقرت الرُّقبىٰ للمرقَب، وهذا تمليكٌ في الحال، ولا ترجع إلىٰ ورثة المرقِب، وأما في العُمرىٰ فإن المعمِر إذا مات قبل المعمَرِ، ثم مات المعمَرُ رجعت إلىٰ ورثة المعمِر، فتفترق العمرىٰ والرقبىٰ من هذا الوجه.

وأما التفسيرُ عن مجاهد رَحِمَهُ ٱللَّهُ **فالجواب عنه**: أن قول النبي ﷺ أولىٰ من قول مجاهد، ثم إن تفسيره ليس يفيد صريح قولكم؛ لأنه قال: الرقبىٰ أن تقول هذه الدار للآخر مني ومنك، وليس فيه أنه علق الملك بزمان مستقبل، وإذا لم يكن ذلك فيه صريحًا، حملناه علىٰ التمليك في الحال علىٰ ما بيناه، فلم يكن فيه لهم حجة.



باب ما جاء في عطية الرجل ولده

العطيةُ مندوبٌ إليها ومرغوبٌ فيها، وهي للولد وذي الرحم والقرابة أفضل، والثوابُ بها أكثر، وتسمى النِّحلة، قال الله تعالىٰ: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗ﴾ أي: عطية عن طيب نفس، وأكثر ما يستعمل ذلك في عطية الولد.

والأصلُ فيها قوله تعالىٰ: ﴿وَءَاتَى ٱلۡمَالَ عَلَىٰ حُبِّهِۦ ذَوِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ﴾ فبدأ بالقرابة.

وروي أن النبيَّ ﷺ قال: «**صدقتُك على غيرِ ذِي رَحِمك صدقةٌ، وصدقتُك عَلَى ذِي رحمِك صدقةٌ وصِلَةٌ**»(١)، وقال ﷺ: «**أفضلُ الصَّدقةِ على ذي رَحَم كَاشِح**»(٢)، وقال: «**لا يدخلُ الجنةَ قاطِعُ رَحِم**»(٣)، وقال ﷺ: «**مَن سرَّه أن يُنسأ في أجلِه ويوسَّعَ في رِزقِهِ فليَصِلْ رَحِمَه**»(٤)، وقال ﷺ: «**يقولُ اللهُ تَعَالى: أَنَا الرَّحمنُ، خَلَقْتُ الرَّحِم وشقَقْتُ لها اسمًا من اسْمِي، فمَن وصلَهَا وصلتْهُ، ومن قَطَعها بتَّه**»(٥).

إذا ثبت هذا، فالمستحبُّ إذا أعطىٰ ولده أن يقسم بينهم، ويسوِّي بين جماعتهم، ولا يفضِّل بعضًا علىٰ بعض، وسواء كانوا ذكورًا أو إناثًا، وبه قال

---

(١) أخرجه الترمذي (٦٥٨) والنسائي (٢٥٨٢) وابن ماجه (١٨٤٤) عن سلمان بن عامر الضبي رضي الله عنه.

(٢) أخرجه أحمد (١٥٣٢٠)، والدارمي (١٨٢٦)، وابن خزيمة (٢٣٨٦).

(٣) أخرجه مسلم (٢٥٥٦) عن جبير بن مطعم رضي الله عنه.

(٤) أخرجه البخاري (٥٩٨٥) عن أبي هريرة رضي الله عنه.

(٥) أخرجه أحمد (١٦٨٦)، والترمذي (١٩٠٧)، وابن حبان (٤٤٣).

مالك، وأبو حنيفة، وأبو يوسف.

وقال محمد بن الحسن، وأحمد، وإسحاق: السُّنةُ تفضيلُ الذكور علىٰ الإناث علىٰ حسب التفضيل في الميراث، وبه قال شريح رَحِمَهُ اللَّهُ[١].

واحتج من نصر مذهبهم بشيئين؛ أحدهما: أن أفضل القسم ما وافق قسمة الله تعالىٰ، وقد فضَّل الله تعالىٰ في قسمته الذكورَ علىٰ الإناث، وهي قسمة الميراث، فوجب أن تكون القسمة علىٰ التفضيل أفضلَ من التسوية، **والثاني**: هو أن الذي[٢] ينحلهم إياه، هو الذي يصير إليهم بوفاته، فيستحب أن يكون علىٰ تلك القسمة.

ودليلُنا ما روىٰ ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبيِّ ﷺ قال: «**سَوُّوا بين أولادِكم في العطيَّةِ، فلو كنتُ مُفضِّلًا أحدًا لفضلتُ البناتِ**»[٣]، وروي عن النعمان بن بشير رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال: نحلني أبي نحلًا، فقالت أمي: ائت رسولَ الله ﷺ فأشهده، فأتىٰ النبيَّ ﷺ فذكر ذلك له، فقال: إني نحلتُ ابني هذا نحلًا وإن عَمْرة سألتني أن أشهدك علىٰ ذلك، فقال: «**أَلَكَ ولدٌ سِوَاه؟**» قال: نعم، قال: «**أفكلُّهم أعطيتَ كما أعطيتَ النُّعمان؟**» قال: لا. قال: «**هَذا جورٌ**»[٤]، وروي أنه قال له: «**أَشْهِد على هذا غَيْرِي، أليسَ يسرُّك أن يكونَ ولدُك في البرِّ سواءً؟**» قال: بلىٰ. قال: «**فَإِنَّ لَهُمْ عَلَيْكَ مِنَ الحَقِّ أَنْ تَعْدِلَ بَيْنَهُمْ كَمَا لَكَ عَلَيْهِمْ مِنَ الحَقِّ أَنْ يبروك**»[٥].

فوجهُ الدليل منه أن النبيَّ ﷺ أمر بالتسوية بين أولاده في العطية فدل

---

(١) مختصر اختلاف العلماء (٤/ ١٤٢- ١٤٥).

(٢) ملحق بحاشية (ص) ومصحح.

(٣) أخرجه الطبراني (١١٩٩٧)، والبيهقي (١٢٠٠٠).

(٤) أخرجه البخاري (٢٦٥٠).

(٥) أخرجه أحمد (١٨٣٧٨)، وأبو داود (٣٥٤٢).

ذلك علىٰ أنه هو السُّنة.

فإن قيل: يجوز أن يكون كلُّهم كانوا ذكورًا.

قلنا: لم يسأل النبيُّ ﷺ عن ذلك، وإنما أطلق النبيُّ ﷺ الكلامَ فيه، فدل علىٰ أن الحُكْم في الأولاد سواء، ذكورًا كانوا، أو ذكورًا وإناثًا.

فإن قالوا: يجوز أن يكون لم يسأل؛ لأنه كان يعرف حالهم.

قلنا: هذا لا يصح؛ لأنه روي أنه قال ﷺ: «**أَلَكَ ولدٌ سِوَاه؟**»[1].

والتعليلُ الذي ذكروه يمنع ذلك؛ لأنه قال: «**أليسَ يسُرُّك أن يكُونوا لكَ في البِرِّ سَوَاء؟**»[2] فجعل برهم به في مقابلة[3] عطيته، والذكورُ والإناثُ سواءٌ في برهم به، فكذلك في عطيته لهم.

قال الشافعي: ([فَإِنَّ الْقَرَابَةَ][4] يَنْفُسُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا مَا لَا يَنْفُسُ الْعِدَىٰ) والعِدىٰ -بكسر العين- هم الأجانب، وبضمها الأعداء، ومعنىٰ قول الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ هذا هو أن الأقارب يحسُدُ بعضُهم بعضًا، وإذا فاضَلَ بينهم أدىٰ ذلك إلىٰ العداوة، فكان ما يقصد به المواصلة سببًا للقطيعة والمعاداة، فاستحقت التسوية لذلك.

ولأن ما تعلق بالرحم، فإن الذكر والأنثىٰ فيه سواء، كميراث ولد الأم، يستوي فيه ذكرهم وأنثاهم، ولأن سببَ العطية فيهم واحدٌ لا يختلف، فكانوا سواء فيها كما لو أوصىٰ لولد فلان بوصية سوَّىٰ بين ذكرهم وأنثاهم.

فأما الجوابُ عما احتجوا به من أن ما يوافق قَسْمَ اللهِ تعالى أفضلُ، فهو أن

---

(١) أخرجه البخاري (٢٦٥٠).

(٢) أخرجه أحمد (١٨٣٧٨)، وأبو داود (٣٥٤٢).

(٣) في (ص)، (ف): «مقابلته»، وهو تصحيف.

(٤) ليس في النسخ، وإثباته من مختصر المزني (٨/ ٢٣٤).

قَسْمَ الله إنما اختلف في المواريث؛ لأن سبب الاستحقاق قد اختلف؛ لأن للذكر تعصيبًا وليس للإناث تعصيب، فلما اختلفوا في ذلك تفاضلوا، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن سبب الاستحقاق هو الرحم، وهم فيه سواء، فكان الأفضل أن يسوِّي بينهم، كما سوَّىٰ بين ولد الأم في الميراث؛ لأن سبب إرثهم واحد.

وهكذا الجواب عن دليلهم الثاني.

إذا تقرر هذا، فإن سوَّىٰ بينهم فذاك، وإن فاضل بينهم، أو أعطىٰ بعضَهم وحرم الباقين؛ جاز ذلك، ووقعت العطيةُ موقعها، وله أن يسترجعها ويقسمها بالسوية؛ لأن للأب أن يرجع فيما وهب ولده، وإن لم يسترجعها فلا شيء عليه.

وقال طاوس، ومجاهد، وإسحاق: تكون تلك العطية باطلة، وإذا مات ورثوها علىٰ فرائض الله، وقال أحمد، وداود: يجب عليه أن يسترجعها إذا خالف المستحب.

فأما الطائفة الأولى، فقد احتجوا بما روي أن النبيَّ ﷺ قال في حديث النعمان: «**هذا جور**»، وقال: «**أشهِد على ذلك غَيْرِي**» فإذا كان جورًا لم يصح.

وأما الطائفةُ الثانيةُ، فاحتجت بقوله ﷺ: «**فارجعه**» والأمر علىٰ الوجوب.

ودليلنا: أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه خصَّ عائشة رضي الله عنها بجداد عشرين وسقًا[1]، وبأن عمر رضي الله عنه خصَّ عاصمًا من ولده بنحلٍ[2]؛ ولأن عبد الرحمن

---

(١) ذكره المزني في المختصر (٨/ ٢٣٤).

(٢) ذكره المزني في المختصر (٨/ ٢٣٤).

ابن عوف رضي الله عنه خصَّ ولد أم كلثوم بنحل[١] ولا يُعرف لهم مخالف.

ومن جهة المعنىٰ أنه لو سوىٰ بينهم في العطية صحت العطية، فكذلك إذا فاضل بينهم، كما قلنا في الأجانب.

فأما الجوابُ عن قول النبي ﷺ: «**هذا جور**»، فهو أنه لا حجة فيه؛ لأن الجور هو العدولُ عن الشيء، ونحن نقول: إنه قد جار عن المستحبِّ المسنون، ولا يدلُّ ذلك علىٰ بطلان الحكم، وقولُ النبي ﷺ: «**أشهِد على هذا غَيْري**» إنما قاله؛ لأنه عمل بخلاف المستحب المسنون، فلو شهد النبي ﷺ لكان هو المسنون، ثم الخبر حجة عليهم؛ لأنه قال: «**فارجعه**» فدل علىٰ أن العطية صحت، وإنما أمره باسترجاعها بعد الصحة لما ذكرنا.

وأما الجوابُ عما احتجت به الطائفة الأخرى، فهو أنه أمر باسترجاعه استحبابًا ليقسمه في المستأنف علىٰ السنة، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رضي الله عنه: (مِنْهَا أَنَّ لِلْوَالِدِ أَنْ يَرْجِعَ فِيمَا أَعْطَى وَلَدَهُ)[٢].

وهذا كما قال.. إذا وهب الوالدُ لولدِهِ وإن علا، والأمُّ لولدها وإن علت، وقبض الولدُ الموهوبَ، جاز للوالد والوالدة أن يسترجع ذلك منه.

وقال مالك: إن كان الولد قد انتفع بالهبة مثل أن يكون قد زوَّج لأجل المال الذي وهِب له، لم يجز الرجوع فيه، وإن كان لم ينتفع به بعد، كان له الرجوع فيه.

وقال أبو حنيفة: ليس للأب أن يرجع فيما وهب لابنه إذا لزم العقدُ

---

(١) ذكره المزني في المختصر (٨/ ٢٣٤).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٤).

بالقبض، وكذلك كلُّ ذي رحم محرم بالنسب، ليس له الرجوع فيما وهب، ويريد به كلَّ شخصين لو كان أحدهما ذكرًا والآخر أنثىٰ، لم يجز لأحدهما أن يتزوج بالآخر، وذلك مثلُ عمِّ الرجل وخاله وأخيه ومن جرىٰ مجراهم[1].

واحتج من نصر مذهبه بما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**لا يحلُّ مالُ امرئٍ مسلم إلا بطيبِ نفسٍ منه**»[2]، وقوله ﷺ: «**العائدُ في هبتِهِ كالعائِدِ فِي قيئِهِ**»[3].

قالوا: ولأنه ذو رحم محرم منه من جهة النسب، فلم يجز أن يرجع فيما وهب له، كما إذا وهب العم؛ ولأنَّ كلَّ شخصين لا يرجعُ أحدهما فيما وهبه للآخر، لم يرجع الآخر فيما وهبه كالأخوين، ومعنىٰ ذلك أن الولد إذا وهب لوالده أو والدته[4]، لم يجز له أن يرجع فيها، فكذلك إذا وهبا له؛ ولأنه إذا وهب لابنه، فقد حصل له الثواب في مقابلة ذلك، وحصلت له صلة الرحم، وذلك بمنزلة العوض، فلم يجز له أن يرجع في المعوض إذا حصل له العوض، كما لو تصدق علىٰ ابنه صدقة وسلمها إليه، لم يكن له أن يسترجعها منه؛ لأن القصد بها الثواب، وقد حصل له بالتسليم.

ودليلُنا ما روىٰ عمرو[5] بن شعيب، عن طاوس، عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أن النبيَّ ﷺ قال: «**لا يحلُّ للرجلِ أن يعطيَ عطيةً أو يهبَ هبةً، فيرجع فيها إلا الوالدَ فيما وهب لولدِهِ**»[6].

---

(١) مختصر اختلاف العلماء (٤/ ١٥٢).

(٢) أخرجه الدارقطني (٢٨٨٦)، والبيهقي (١١٥٤٥).

(٣) أخرجه البخاري (٢٥٨٩)، ومسلم (١٦٢٢).

(٤) في (ف): «لوالدته».

(٥) في (ص): «عمر»، وهو تصحيف.

(٦) أخرجه أبو داود (٣٥٣٩) والترمذي (٢١٣٢) وابن ماجه (٢٣٧٧) وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح قال الشافعي: لا يحل لمن وهب هبة أن يرجع فيها إلا الوالد فله أن يرجع فيما أعطىٰ ولده واحتج بهذا الحديث.

فإن قيل: روىٰ الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ هذا الخبر مرسلًا، والمرسلُ عنده ليس بحجة[١].

قلنا: روي عن النبيِّ ﷺ مسندًا ومرسلًا، والخبر إذا روي مرة مسندًا ومرة مرسلًا كان ذلك أقوىٰ له؛ لأن الراوي تارةً يسنده وتارةً يفتي به ولا يسنده، وعلىٰ أن المرسل عندهم أقوىٰ من المسند، فلا يصحُّ هذا السؤال علىٰ مذهبهم.

فإن قالوا: نحن نحمل ذلك علىٰ معنىٰ أن الأجنبيَّ ليس له أن يرجع فيما وهب إلا بحكم الحاكم، فلا يكون له الرجوع إلا علىٰ ذلك الوجه، فأما الأبُ فله الرجوع بغير قضاء القاضي، وهو إذا احتاج إلىٰ ماله كان له أن يأخذ ما وهبه له.

فالجواب أن الخبر يقتضي أن الأجنبيَّ لا رجوع له في الهبة بحال، وأن للأب الرجوعَ بكل حال، والتفصيلُ الذي ذكروه لم يتناوله الخبر بوجه، ثم إن الأبَ إذا احتاج إلىٰ شيء من مال ولده، كان له أن يأخذ ما احتاج إليه لأجل حاجته، والنبيُّ ﷺ إنما أثبت له الرجوع في الهبة، والأخذ للحاجة ليس برجوع في الهبة، ويدلُّ عليه أيضًا حديثُ النعمان بن بشير رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أن النبيَّ ﷺ قال له فيما وهبه لابنه «**فاردده**» وروي «**فارجعه**» فجعل له الرجوع فيه.

---

(١) أخرجه الشافعي (ص ١٧٤) ومن طريقه البيهقي (١٢٠١٥) وفي معرفة السنن (١٢٣٦٩) وحكىٰ عن الشافعي أنه قال: (ولو اتصل حديث طاوس أنه لا يحل لواهب أن يرجع فيما وهب إلا الوالد فيما وهب لولده لزعم أن من وهب هبة لمن يستثيب من مثله أو لا يستثيب، وقبضت الهبة، لم يكن للواهب أن يرجع في هبته وإن لم يثبه الموهوب له) وقال البيهقي: قد قطع الشافعي القول برجوع الوالد فيما وهب لولده بحديث النعمان بن بشير، وقول النبي ﷺ: «فأرجعه»، وهذا الذي ذكره هاهنا إنما هو في رجوع غيره.

فإن قالوا: يجوز أن يكون النبيُّ ﷺ إنما جعل له الرجوع؛ لأنه ما كان أقبضه إياه، فكان ذلك رجوعًا في الهبة قبل القبض.

فالجوابُ: أن النبيَّ ﷺ لم يستفصِلْ ذلك، ولو كان الحكم يختلف باختلافه لاستفصله.

وجواب آخر، وهو أن ظاهر قوله: «**فاردده**» دليلٌ علىٰ أنه قد كان سلم الموهوب؛ لأن الرد إنما يستعمل فيما خرج عن اليد.

وجواب آخر، وهو أن النعمان رضي الله عنه كان غير بالغ في ذلك الوقت؛ لأنه روي أنه ولد بعد الهجرة بسنة، والنبيُّ ﷺ توفي سنة إحدىٰ عشرة، وإذا كان الابن صغيرًا كان قبضُ الأب له بمنزلة قبضه، فكانت الهبة لازمة بمضي الزمان اليسير بعد هبته له؛ ولأنكم قلتم إن الأجنبي يرجع في هبته، ولا يرجع الأب، وقلنا نحن إن الأب يرجع في هبته، ولا يرجع الأجنبي، وما ذكرناه أولىٰ؛ لأن للأب التبسُّط في مال الابن، وله من الخصوصية به ما ليس للأجنبي، ألا ترىٰ أنه يلي ماله من غير تولية، وينفق من ماله علىٰ نفسه إذا كان محتاجًا، ولا يقتل به، ولا تقبل شهادته له، وقال النبي ﷺ: «**إن أطيبَ ما أكل الرجلُ من كسبِهِ، وإن ولدَه مِن كسبِهِ**»(١)، ولا يثبتُ في جنبة الأجنبيِّ شيءٌ من ذلك.

فأما الجوابُ عن قوله ﷺ: «**لا يحِلُّ مالُ امرئٍ مسلِم إلا بطيبِ نفسٍ منه**» فهو أنه عام، والذي ذكرناه خاص، فهو القاضي عليه، وعلىٰ أنه إذا رجع فيه صار ملكًا له ومالًا.

وأما الجوابُ عن الخبر الآخر، فهو أيضًا عام، فيقضىٰ بخبرنا عليه.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على العم والأخ، فهو أن المعنىٰ فيهما أنه ليس

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٢٨)، والنسائي (٤٤٥٢)، وابن ماجه (٢١٣٧) عن عائشة رضي الله عنها.

لهما من التبسط ما للأب في مال ابنه، وكلٌّ واحد منهما مع صاحبه بالعكس في المعاني التي ذكرناها في الأب، من القصاص والشهادة وغيرهما، فلهذا لم يكن لأحدهما الرجوع فيما وهب لصاحبه.

وأما الجوابُ عن قياسِهم على صدقة التطوع، فهو أنه يبطلُ عليهم به إذا وهب لأجنبي، فإن الثوابَ قد حصل بالتسليم، ويثبتُ له فيها عندهم الرجوع، وكذلك إذا وهب لابن عمه ولابنة عمه، فإن صلةَ الرحم والثوابُ عليها يحصلُ بالتسليم، وقالوا: له الرجوع فيها، وأما صدقةُ الأب علىٰ ابنه فهي عندنا بمنزلة الهبة، وللأب الرجوع فيها بكل حال، وإذا كان هكذا بطل إلزامهم لنا ذلك.

• فَصْلٌ •

إذا ثبت هذا وأراد الأبُ أن يرجع في هبته، فلا يخلو حالُ الموهوب من ثلاثة أحوال: إما أن يكون بحاله لم يزد ولم ينقص، أو يكون قد نقص، أو يكون قد زاد:

فإن كان بحاله كان له الرجوع فيه.

وإن كان قد نقص في يد الابن كان للأب الرجوع فيه أيضًا؛ لأنه إذا كان له الرجوع وهو بحاله لم ينقص، فإذا نقص ورضي بالنقصان، فأولىٰ أن يكون له ذلك، وليس له المطالبة بأرش ما نقص؛ لأنه نقصانٌ حدث في ملك الموهوب له وما حدث في ملكه من النقصان، فليس لغيره أن يطالبه بأرشه.

وإن كان قد زاد لم تخْلُ الزيادة من أن تكون متميزة أو غير متميزة، [فإن كانت غير متميزة][1] - مثل: السِّمَن ونحوه - كان له الرجوع في العين مع

(١) ليس في (ق).

زيادتها؛ لأن النماء الذي لا يتميز يتبع الأصل.

فإن قيل: قد قلتم إن الصداق إذا زاد زيادة غير متميزة، لم يكن للزوج الرجوعُ فيه بالطلاق، فهلا قلتم هاهنا مثله؟

قلنا: لأن الزوج إذا سقط حقه من العين [بزيادتها رجع إلىٰ البدل - وهو القيمة - وليس كذلك الأب؛ لأنا إذا أسقطنا حقه من العين][1]؛ لأجل زيادتها لم يرجع عنها إلىٰ بدل، فجعلنا له الرجوع فيها بزيادتها.

ثم إن المبيع إذا زاد زيادةً غيرَ متميزة في يد المشتري، وأصاب البائعُ بالثمن عيبًا فإنه يرده، ويسترجعُ المبيعَ بزيادته، فيجعل الزيادة في حكم الأصل، ولا يسقط بها حق البائع من الاسترجاع، فيقابل هذا مسألة الصداق، ولا يجب رد ما قلناه في مسألتنا.

وأما إذا كانت الزيادةُ متميزةً، فلا تخلو من أن تكون ولدًا أو غيره:

فإن كان غيرَ الولدِ مثل أن تكونَ العينُ شجرة فأثمرت، أو عبدًا فاكتسب، فإنها تكون للموهوب له؛ لأنه نماءٌ تميز في ملكه، ويسترجع الواهبُ العينَ بلا نماء، كما نقول في المبيع إذا تميز نماؤه في ملك المشتري ثم استحق البائع استرجاع العين برد الثمن بالعيب، فإن النماء يكون للمشتري؛ لأنه تميز في ملكه.

وأما إذا كان النماء ولدًا، فلا يخلو من أن تكون الموهوبة حين وهبها حائلًا أو حاملًا: فإن كانت حاملًا، ووضعتْ قبل الرجوع، فإن قلنا لا حُكْمَ للحمل رجع في الأم دون الولد، وإن قلنا له حُكْمٌ، رجع فيهما معًا؛ لأنهما في حكم العينين والعقد يتناولهما معًا.

وإن كان رجع قبل الوضع استرجعها مع الولد، سواء قلنا إن للحمل

---

(١) ليس في (ق).

حكمًا أو لا حكم له، فالعقد يتناولهما معًا، وإن قلنا لا حُكْمَ له فهو في حُكْم التبع للأم كأطرافها.

وأما إذا كانت وقت عقد الهبة حائلًا، ثم حملت بعد ذلك، فإنه يُنْظر، فإن كانت وضعت قبل الرجوع، فإنه يرجعُ في الأم دون الولد؛ لأنه نماءٌ حدث في ملك الموهوب له فلم يتناوله العقد.

وإن كان رجع قبل الوضع، فإن قلنا للحَمْل حُكْم، فهو كما لو كان منفصلًا يرجع في الأم دون الحمل، وإن قلنا لا حُكْم له، رجع فيهما جميعًا.

• فَصْلٌ •

قد ذكرنا الحُكم في رجوع الأب إذا كان الابن لم يتصرف في الموهوب له، فأما إذا كان قد تصرف فيه، فلا يخلو تصرفه من ثلاثة أحوال: إما أن يكون مما لا يقطع تصرف الموهوب له فيه، أو يقطعه قطعًا مراعىٰ، أو يقطعه قطعًا باتًّا.

فأما إذا كان ذلك مما لا يقطع التصرف فيه، مثل أن يكون أجره، أو زوجه، أو أعاره، فإن ذلك العقد لا يمنع رجوع الأب فيه؛ لأن ذلك العقد لا يمنع التصرف في الرقبة، فلم يمنع الرجوع فيها أيضًا.

وإن كان ذلك مما يقطعه قطعًا مراعىٰ، مثل أن يكون قد كاتبه أو رهنه؛ لأن التصرف فيه موقوف علىٰ ما يتبين في آخر الأمر من العتق بالأداء، أو الفسخ بالعجز، ومن انفكاك الرهن بالقضاء من غيره، أو الامتناع من القضاء وبيع الرهن، وقضاء الحق منه، فإن رجوعه في الموهوب يكون موقوفًا علىٰ ذلك، فإن انفك الرهنُ وانفسخت الكتابةُ رجع، وإن بيع الرهن أو أعتق المكاتب بالأداء سقط حق الرجوع.

وأما إذا كان ذلك مما يقطع التصرف قطعًا باتًّا، مثل: أن يبيعه أو يهبه

ويقبضه، فإن كان قد وهبه لم يخْلُ إما أن يكون قد وهبه لمن يجوز له الرجوع في هبته له، أو وهبه لمن لا يجوز له الرجوع في هبته له.

فإن كان قد وهبه لمن يجوز له الرجوع في هبته له، مثل أن يهبه لولده، فهل للواهب أن يرجع في الهبة التي حصلت في يد ولده أم لا؟ فيه وجهان؛ **أحدهما**: أنه يرجع فيها؛ لأنه لو وهب له ذلك كان له استرجاعه، فكذلك إذا وهبه لولده، ثم وهبه ولده لولده، **والثاني**: ليس له ذلك؛ لأنه ما ملكه منه، وإنما ملكه من غيره.

فأما إذا وهبه الموهوب له لمن ليس له أن يرجع في هبته، أو باعه، سقط بذلك حق الرجوع فيه.

فإذا عاد بعد ذلك إلىٰ ملكه بهبة أو شراء، أو ميراث، فهل للأب أن يرجع فيه أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يرجعُ فيه، كما نقولُ في الصداق إذا خرج من ملك المرأة ثم رجع إليها وطلَّقها الزوجُ قبل الدخول إنه يرجع في نصفه.

والثاني: ليس له الرجوع؛ لأنه ما ملكه منه، وإنما ملكه من غيره، ويفارق الصداق؛ لأن حق الزوج لا يسقط بخروجه من ملكها، فإذا رجع إليها وجعلنا له الرجوع بالقيمة، كان الرجوعُ بالعين أقرب؛ لأنها أعدل من القيمة.

وأما حقُّ الواهب في مسألتنا فيسقط بالخروج من ملك الموهوب له، فإذا جعلنا له الرجوع فيما لم يملكه منه، كان رجوعًا فيما ليس له فيه حق، فلهذا سقط حق الرجوع.

فرع

إذا أفلس ولدُه الموهوبُ له، وحَجَرَ عليه القاضي، والعينُ الموهوبةُ بحالها، ففي ذلك وجهان:

أحدهما: أن الأبَ الواهبَ أولىٰ بالعين الموهوبة من الغير؛ لأن حقه أسبقُ من حقهم.

والثاني: أن الغرماءَ أولىٰ بعين الرهنِ من الواهب، وبهذا يبطُلُ قولُهم أن حق الواهب أسبق؛ لأن الموهوب إذا كان مرهونًا كان المرتهن أحقَّ به من حق الواهب، وحق الواهب أسبق من حق المرتهن، ولعل القائل الأول لا يسلم أن حقوق الغرماء تتعلق بأعيان أمواله إذا حجر عليه، ويفرق بين مسألة الرهن وبين مسألتنا بهذا.

• فَصْلٌ •

قد مضى الكلامُ في الواهب إذا وهب لولده، فأما إذا وهب لأجنبيٍّ أو لقريبٍ غير الولد فإن الهبةَ تلزمُ بالقبض، ولا رجوع له بعد ذلك فيها.

وقال أبو حنيفة: للأجنبي الرجوع في هبته، ولكلِّ قريب إذا لم يكن ذا رحم محرم منه بالنسب، وأجرىٰ الزوجية[1] مجرىٰ الرحم المحرم بالنسب، فقال: إذا وهب أحدُ الزوجين، لم يكن للواهب منهما أن يرجع في هبته..

واحتج من نصره بما روىٰ أبو هريرة رضي الله عنه عن النبيِّ ﷺ قال: **«مثل الذي يستردُّ ما وهبه مثل الكلب يقيء فيأكل قيأه، فإذا أراد أن يسترد هبته، وُقِف وعُرِّف به ثم دُفِع إليه ما وهب»**[2].

وروي عن عمر[3]، وعلي[4]، وفَضَالة بن عُبيد[5] رضي الله عنهم قالوا: الرجل أحق بهبته ما لم يُثَبْ عليها.

---

(١) في (ف): «الزوجة»، وفي (ص): «الزوج»!

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٤٠)، والنسائي (٣٦٨٩).

(٣) أخرجه مالك (٢/ ٧٥٤) وابن أبي شيبة (٢٢١٢١) وابن المنذر (٨٨٣٨).

(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٦٥٢٦) وابن أبي شيبة (٢٢١٢٣) والدارقطني (٢٩٧٤).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٢١٢٢) وابن المنذر (٨٨٤١).

قالوا: ولأنها ملك عليه علىٰ وجه القربة، ولم يحصل له عنه عوض، فكان له الرجوع فيه كالعارية.

ودليلُنا ما روىٰ ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم أن النبيَّ ﷺ قال: «**لا يحل للرجل أن يعطي عطية، أو يهب هبة فيرجع فيها، إلا الوالد فيما أعطى ولده**»[1].

ولأنه ليس بينهما بعضية فلم يرجع الواهبُ منهما في هبته لصاحبه كالأخ إذا وهب لأخيه.

ولأنهما شخصان تُقبل شهادة كلٍّ واحدٍ منهما للآخر، أو يُقتل كل واحد منهما بصاحبه قصاصًا، أو لا يلي واحدٌ منهما مال صاحبه بغير تولية، فلم يكن للواهب منهما أن يرجع فيما وهب لصاحبه، أصله ما ذكرنا.

ولأنها هبة لا يرجع فيها إذا زادت، فوجب أن لا يرجع فيها إذا لم تزد كما إذا أثيب عليها، أو إذا وهب أحد الزوجين للآخر؛ ولأنها هبة لا يرجع فيها إذا أثيب، فكذلك إذا لم يثب، أصله إذا زادت.

فإن قيل: فرق بين أن تزيد الهبة، وبين أن لا تزيد، ألا ترىٰ أن الأب إذا وهب لابنه هبة لم يرجع فيها إذا زادت.

قلنا: ليس كذلك؛ لأن للأب أن يرجع فيما وهب لولده وإن زادت الهبة.

فإن قيل: إذا أثيب فقد حصل العوضُ عنها فلم يرجع فيها، وقبل أن يثاب لم يحصل له العوض بعد، فلهذا كان له الرجوع.

فالجواب أنه إذا أثيب لم يكن ذلك عوضًا عما وهبه، وإنما هو ابتداء عطية.

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٣٩) والترمذي (٢١٣٢) وابن ماجه (٢٣٧٧) وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح قال الشافعي: لا يحل لمن وهب هبة أن يرجع فيها إلا الوالد، فله أن يرجع فيما أعطىٰ ولده واحتج بهذا الحديث.

فأما الجوابُ عما احتجوا به من خبر أبي هريرة رضي الله عنه فهو أن خبرنا أولىٰ؛ لأنه أكثر رواة، يرويه ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما؛ ولأنه أشهر، ولأن فيه إثباتًا ونفيًا، فهو أبلغ في الحكم من خبر أبي هريرة.

وأما الجوابُ عن حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فهو أنَّا نحمله علىٰ الهبة قبل القبض، أو هبة الوالد لولده.

وأما ما رووه عن الصحابة، فالجواب عنه أنه قد روي عن ابن عمر وابن عباس خلاف ذلك، فصارت المسألة خلافًا بين الصحابة رضي الله عنهم(١).

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على العارية، فهو أنَّا لا نسلِّم أن الملك قد زال علىٰ غير وجه القربة؛ لأن الهبةَ قربةٌ في نفسها علىٰ كل حالٍ، ويحوز بها الواهبُ الفضيلةَ والثواب.

ثم يبطل بالسيد إذا زوَّج عبده من أَمته، فإنه ملك عليه منفعتها علىٰ غير وجه القربة، ولم يحصل له عوض عنها، ولا يملك الرجوع فيها منه.

ثم المعنىٰ في الأصل أن المعِير يرجع في منافع لم تُقبض بعد؛ إذ المنافع إنما قبضُها بالاستيفاء، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن الواهب يريد أن يرجع فيما قبض ولزم بالقبض، فلم يكن له الرجوعُ فيه، كما ليس للمُعِير أن يرجع فيما استوفاه المستعير من المنافع، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

الهباتُ على ثلاثة أضرب؛ هبةٌ لمن هو فوق الواهب، وهبةٌ لمن هو دونه، وهبةٌ لمن هو مثله.

فأما الهبة لمن هو دونه، فمثل السلطان للرعية، والأستاذ للغلام، والغني

---

(١) وتمام ذلك أن يقول: وليس قول بعضهم حجة علىٰ بعض.

للفقير، وهذه لا تقتضي الثواب؛ لأنه يقصد بها نفع الموهوب له.

وأما الهبةُ لمن هو مثله، فمثل أن يهب السلطان للسلطان، والغني للغني، والتاجر للتاجر، فإنها لا تقتضي الثواب أيضًا؛ لأنها للتحابِّ[1] والثواب.

وأما الهبةُ لمن هو فوقه، فمثلُ هبة الرعية لسلطانهم، والفقير للغني، والغلام لأستاذه، وهل تقتضي الثواب أم لا؟ ذكر في الجديد فيها قولين؛ قال في «التفليس»[2]: تقتضي الثواب وهو قولُه القديم، وهكذا قال مالك رَحِمَهُ اللَّهُ، وقال في «الشفعة»[3]: لا تقتضي الثواب، وهو قولُ أبي حنيفة[4].

فإذا قلنا تقتضي الثواب، فوجهُهُ ما روىٰ أبو هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «**الواهب أحق بهبته ما لم يثب عليها**»[5]، فأثبت للواهب حقَّ الرجوع قبل أن يثاب، وأسقط حقه من الرجوع بالثواب وجعله ثوابًا في الحقيقة فدل علىٰ ثبوته، وروي عن عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يقبل الهدية ويثيب عليها، وروي عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: من وهب هبة يرجو ثوابها فهي رد علىٰ صاحبها ما لم يثب عليها[6]، وروي عن علي بن أبي طالب كذلك[7]، وروي أن رجلين اختصما إلىٰ فَضَالة بن عبيد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فقال أحدهما: وهبتُ لهذا بازي[8] فلم يثبني عليه، فقال: رد عليه بازه، أو أثبه عليه[9].

---

(١) في (ص)، (ف): «للتجارات»، والمثبت من (ق).

(٢) الأم (٣/ ٢١٥).

(٣) الأم (٤/ ٣).

(٤) مختصر اختف العلماء (٤/ ١٥٢).

(٥) أخرجه ابن ماجه (٢٣٨٧)، والدارقطني (١٢٣٨١) عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٦) أخرجه مالك (٢/ ٧٥٤) وابن أبي شيبة (٢٢١٢١) وابن المنذر (٨٨٣٨).

(٧) أخرجه عبد الرزاق (١٦٥٢٦) وابن أبي شيبة (٢٢١٢٣) والدارقطني (٢٩٧٤).

(٨) البازي نوع من الصقور.

(٩) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٢١٢٢) وابن المنذر (٨٨٤١).

ولأن المتعارف بين الناس أن هذه الهبات لاقتضاء الثواب، وما صار معتادًا رجع إليه الإطلاق، كما نقول في إطلاق النقد في البيع أنه يرجع إلىٰ النقد المتعارف في ذلك البلد، ويكون كما لو شرط.

ووجه القول الآخر ما روىٰ أنس بن مالك رضي الله عنه أن النبيَّ ﷺ أمر بالهدية صلة بين الناس[1]، فجعلها صلة، وذلك يدل علىٰ أنها ليست للثواب، وروي وروي عنه ﷺ أنه قال: «**تهادوا تحابُّوا**»[2] فجعل التهادي للتحاب.

ومن جهة المعنىٰ أنها عطية علىٰ وجه التبرع، فوجب أن لا تقتضي الثواب كما لو كانت إلىٰ من هو مثله أو دونه، ولأنه نوعُ عطية فوجب أن لا يقتضي الثواب كالوصية، ولأنه عقدٌ لو كان في المنافع لم يقتض الثواب وهو العارية، فإذا كان في الأعيان وجب أن لا يقتضي الثواب، أصله: الوصية.

فأما الجوابُ عن حديث أبي هريرة، فهو أن الخبر الذي رويناه عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما أن النبيَّ ﷺ قال: «**لا يحل لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع إلا الوالد فيما أعطى ولده**» أولىٰ من حديث أبي هريرة فوجب تقديمه عليه.

وأما الجوابُ عن حديث عائشة رضي الله عنها فهو أنه لا حجة فيه؛ لأنه فعل النبي ﷺ وفعله لا يدل علىٰ الوجوب، كما لم يدل قبولُه علىٰ وجوب قبول الهدية.

وأما الذي نقلوه عن الصحابة رضي الله عنهم، **فالجواب عنه** أن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما يخالفان في ذلك، فالمسألة خلاف بينهم.

وأما الجوابُ عن قولهم إن الهبات لاقتضاء الثواب، فهو أنَّا لا نسلِّم أن

---

(١) أخرجه البيهقي (١١٩٤٥) وإسناده ضعيف.

(٢) أخرجه مالك (٣٣٦٨)، وأبو داود (٣٠٥٨).

هذه العادة بل هو للثواب والتحاب، فأما لاقتضاء الثواب فلا.

إذا تقرر القولان، فإن قلنا لا تقتضي الثواب، فإذا وهب فلا يخلو إما أن يطلق أو يشرط الثواب:

فإن أطلق فإنها تلزم بالتسليم، ولا رجوع له فيها، فإن أثابه الموهوب له كان ذلك ابتداء هبة، ولا يكون بدلًا في الحقيقة، ولا يتعلق إحدىٰ الهبتين بالأخرىٰ، فإن وقع الاستحقاق في أحدهما واسترجعت لم يؤثر ذلك في الأخرىٰ.

وإن شرط الثواب لم يخْلُ إما أن يشرط ثوابًا مجهولًا أو معلومًا:

فإن شرط ثوابًا مجهولًا كان العقد باطلًا؛ لأنه تمليك عين ببدل مجهول، وذلك لا يجوز، كما لو باع بثمن مجهول.

وإن شرط ثوابًا معلومًا فهل يصح أم لا؟ ذكر في «كتاب الشفعة» أنه يصح، قال الربيع: وفيه قول آخر أنه لا يصح.

فإذا قلنا لا يصح، فوجهُهُ أن الهبة وضعها بخلاف وضع البيع؛ لأنها لا تقتضي عوضًا والبيع يقتضي عوضًا، فإذا شرط له العوض فيها صارت بيعًا، ولا يجوز أن يعقد بلفظ الهبة؛ لأنه موضوع لاقتضاء العوض، والهبة لا تقتضي ذلك.

وإذا قلنا يصح فوجهُهُ أن الهبة بمنزلة تمليك، ألا ترىٰ أنه إذا قال: «ملكتُك هذا الشيء» وقبله صح، وإذا سلَّمه إليه لزم التمليك، كما لو قال: «وهبتُ لك هذا الشيء» ثم ثبت أنه يصح أن يقول: «ملكتُكه بعوض تسميه»، فكذلك يصح أن يقول: «وهبتُه له بعوض يسميه»[1].

إذا ثبت هذا، فإن قلنا لا يصح، كان للواهب استرجاع الهبة إن كانت

---

(١) في (ف): «يسميه».

باقية، وإن كانت تالفة فقيمتها، وإذا قلنا يصح فهو كالبيع في جميع الأحكام في الخيار والاستحقاق وغيرهما.

وأما إذا قلنا إن الهبة تقتضي الثواب، فلا يخلو إما أن يطلق أو يشرط الثواب:

فإن أطلق فأي ثواب يقتضي؟ فيه ثلاثة أقاويل:

أحدها: يثيبه حتىٰ يرضىٰ الواهب؛ لما روىٰ أبو هريرة رضي الله عنه أن أعرابيًّا وهب للنبي ﷺ ناقة، فأعطاه ثلاثًا، فأبىٰ، فزاده ثلاثًا، فلما استكمل تسعة قال: رضيتُ، فقال النبي ﷺ: «**لقد هممتُ أن لا أقبلَ مِن أحدٍ هديةً إلا أن يكونَ قرشيًّا أو دَوسيًّا أو ثَقفيًّا**»[1] فلما أثابه رسولُ الله ﷺ حتىٰ رضي دل ذلك علىٰ أنه قدر الثواب.

والقول الثاني: يثيبُه بقدر قيمة الهبة أو مثلها؛ لأن العقد إذا اقتضىٰ العوض ولم يسم فيه؛ وجب المثل، كما قلنا في النكاح والصداق.

والقول الثالث: يثيبُ بقدر ما يكون ثوابًا بمثله في العادة؛ لأن أصل الثواب إنما أثبتناه بعقد الهبة اعتبارًا بالعادة، فكذلك قدرها.

إذا تقرر هذا، فإذا أثابه لزمته الهبة، وإن لم يثبه لم يجبر علىٰ الثواب، ولكن يقال للواهب: إما أن تمضي أو تسترجع، فإن أمضىٰ فذاك، وإن رجع فإن كانت الهبة بحالها أخذها، وإن كانت زائدة زيادة غير متميزة أخذها بزيادتها، وإن كانت متميزة فهو للموهوب له، فيرجع الواهب في الأصل.

وإن كانت ناقصة، أو كانت تلفت فهل يرجع عليه بقيمتها أو بأرش نقصانها؟ علىٰ وجهين:

أحدهما: يرجع؛ لأن العين لو كانت باقية لاسترجعها لتعذُّر العوض

---

(١) أخرجه أحمد (٧٣٦٣، ٧٩١٨) وأبو داود (٣٥٣٧) والترمذي (٣٩٤٥).

عنها، فإذا كانت تالفة كان الرجوع بقيمتها، كما لو اشترىٰ منه ثوبًا بعبدٍ ثم أبق العبد كان له استرجاع الثوب، فإن كان تالفًا استرجع قيمته.

والثاني: ليس له ذلك؛ لأن التلف والنقصان وجد في ملكه لا يرجع به عليه كهبة الوالد لولده إذا تلفت العينُ في يد ولده أو نقصت؛ لم يرجع عليه بقيمة ولا أرش نقصان، فكذلك هاهنا.

وأما إذا شرط الثواب، فإن كان مجهولًا صح؛ لأنه وافق ما يقتضيه الإطلاق، وإن كان معلومًا فهل يصح أم لا؟ فيه قولان:

أحدهما: يصحُّ؛ لأنه إذا صح - والعوض مجهول - فأولىٰ أن يصح، وهو معلوم.

والثاني: لا يصحُّ؛ لأنه خالف مقتضىٰ إطلاق العقد؛ لأن إطلاقه يقتضي جهالته، والشرط إذا خالف إطلاق العقد أبطله.

• فَصْلٌ •

إذا وهب الأبُ لابنه ثوبًا خامًا، فقصَره الابنُ، ثم رجع فيه الأب، فإن قلنا إن القِصارة بمنزلة الزيادة المتميزة كان الابنُ شريكًا للأب في الثوب بقدر القصارة، وإن قلنا إن القِصارة بمنزلة الزيادة المتصلة، فالثوب للأب بقصارته، ولا حقَّ للابن فيه، وهذان الوجهان بناء علىٰ القولين في مسألة التفليس، وهو إذا اشترىٰ ثوبًا، فقصره، ثم فلس، وثبت للبائع الرجوع في عين ماله، فهل تكون القِصارة بمنزلة العين أو بمنزلة الأثر؟ علىٰ قولين.

• فَصْلٌ •

إذا وهب الأب لابنه جارية، فله الرجوع فيها، فإن وطئها فهل يكون ذلك رجوعًا أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يكون رجوعًا، كما قلنا في البائع إذا وطئ الجارية المبيعة في مدة الخيار الذي شرط لنفسه، ويكون ذلك استرجاعًا منه، وفسخًا للبيع، فكذلك هاهنا.

والثاني: لا يكون رجوعًا؛ لأن ملك الابن قد استقر عليها، ويريد الأب أن يزيل ملكه المستقر بالرجوع، وذلك لا يصح إلا بالقول، كما لو اشترىٰ جارية ثم فلس المشتري وثبت للبائع الخيار فوطئها، لم يكن فسخًا واسترجاعًا منه.

• فَصْلٌ •

إذا وطئ الابن الجارية، [**ثم استرجعها الأبُ، فلا مهر له**؛ لأن ابنه وطئها في ملكه كالمشتري إذا وطئها][1] ثم أصاب بها عيبًا، فإنه يردها ولا مهر عليه.

• فَصْلٌ •

إذا وَهَبَ الغاصبُ العينَ المغصوبةَ صحت، فإذا أذن له في القبض ومضىٰ زمان يمكن فيه القبضُ لزمت الهبة، وسقط عنه ضمان الغصب؛ لأنه ملكه فهو كما لو باعه منه.

وإن وَهَبَ العينَ لغير الغاصب، فإن كان الموهوبُ لا يقدر علىٰ انتزاعها من الغاصب لم تصح الهبة، كما لا يصح بيعها علىٰ هذه الصورة.

وإن كان يقدر علىٰ ذلك لأنه أقوىٰ من الغاصب يدًا صح العقد، فإذا أذن في القبض منه فقبض لزم العقد، وبرئ الغاصب، وإن أذن له في القبض له من نفسه صح ذلك، فإذا مضىٰ زمان الإمكان لزمت الهبة بحصول القبض، وبرئ الغاصب من الضمان؛ لأن الملك قد زال عمن كان غصبه عليه

(١) ليست في (ص).

وضمنه بالتعدي في حقه، وحصل في ملك من لم يتعد في حقه.

فإن قيل: قد قلتم إنه إذا رهن المغصوب عند غاصبه صح الرهن، ولا يزول ضمان الغصب وقلتم هاهنا: إنه إذا وهبه له، وحصل القبض أن الضمان يسقط فما الفرقُ بينهما؟

قلنا: الفرقُ بينهما أن المرتهن ما ملك الرهن بالعقد، فلهذا لم يزل الضمان، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن الغاصبَ قد ملك المال بالهبة، فلا يجوز بقاءُ الضمان في ملكه علىٰ نفسه.

وفرقٌ آخر، وهو أن عقدَ الرهن لا يمنعُ طريانَ الضمان عليه؛ لأن المرتهن إذا تعدىٰ في الرهن ضمنه فلم ينافِ أيضًا الضمان السابق، وليس كذلك الهبة والتمليك بها، فإنه يمنعُ طريانَ الضمان عليه، فلهذا قطع الضمان المتقدم، كما قلنا في البيع إذا ملكه به، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

إذا وَهَبَ الجاريةَ للمستعير صحَّ العقد، فإذا أذن له في القبض ومضىٰ زمان الإمكان؛ لزم العقد، وإن وهبها لغيره صح أيضًا، فإن وكل الموهوب له المستعير في قبضها صحَّ، وانقطع المستعير بها صارت ملكًا لغير المستعير، ولا يجوز له أن ينتفع بها إلا بإذنٍ مستأنفٍ من جهة الموهوب له.

• فَصْلٌ •

إذا وَهَبَ الدار المستأجرة لغير المستأجر، فالحُكْمُ فيه مبنيٌّ على البيع، وفي بيعها قولان، وكذلك في هبتها، فإن قلنا لا يصح بيعها لم يصح هبتها، وإن قلنا يصح بيعها صحَّ هبتها، وإذا خلىٰ بينه وبينها فقد أقبضه إياها ولزم العقد، وكان للمستأجر استيفاء حقه كما قلنا في البيع.

ويفارق العاريةَ حيث قلنا ليس له أن ينتفع بها إذا خلىٰ بينه وبينها؛ لأن المستعير لا يملكُ الانتفاع بها ولا يستحقه، وليس كذلك المستأجر؛ لأنه ملك الانتفاع بها بالعقد واستحقه.

وأما إذا وَهَبَ الجاريةَ المزوجةَ، فإن ذلك يجوز قولًا واحدًا، [كما يجوز بيعُها قولًا واحدًا][1].

• فَصْلٌ •

إذا وَهَبَ لرجل حُلِيًّا من ذهب أو فضة، وقلنا إن الهبة تقتضي الثواب، أو قلنا إنها لا تقتضيه، فشرط الثواب، وقلنا إنه يصح شرطه، فإذا أثابه فلا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن يكون ذلك قبل التفرق من مجلس عقد الهبة، أو بعد التفرق.

فإن كان ذلك قبل التفرق نُظِر، فإن أثابه بغير جنس النقود، مثل أن يثيبه بشيء من الثياب أو غيرها صح، وليس القبضُ فيه قبل التفرق شرطًا، وإن أثابه بشيء من جنس النقود، نُظِر، فإن كان من غير جنس الموهوب مثل أن يكون الموهوبُ من ذهب فأثابه بفضة، فإنه يجوز، ولا يعتبر فيه التماثل، غير أن القبض قبل التفرق شرط في صحته؛ لأنه صرف في جنس واحد.

وأما إذا أثابه بعد التفرق، فإن كان أثابه بشيء غير النقود جاز ذلك، وإن أثابه بشيء من جنس النقود، سواءٌ كان من جنس الموهوب أو غير جنسه لم يصحَّ؛ لأن القبض قبل التفرق شرطٌ فيهما، فلا يجوز أن يثيبه إلا بغير جنس النقود.

---

(١) ليس في (ق).

• فَصْلٌ •

إذا كان له في ذمة رجل مال، فوهبه له كان ذلك إبراءً بلفظ الهبة، وهل من شرط صحة الإبراء قبولُ المبرأ أم لا؟

قال أبو علي بنُ أبي هريرة: مِن شَرْط صحته قبولُه، ولا يصحُّ حتىٰ يقبل، وما لم يقبل فالحقُّ ثابتٌ بحاله، قال: والدليلُ علىٰ ذلك أن في إبرائه إياه من الحق الذي له عليه مِنَّة عليه، ولا يُجبر علىٰ قبول المِنَّة، فإذا لم يعتبر قبوله أجبرناه علىٰ ذلك، وهذا كما قلنا في هبة العين له إنها لا تصح إلا إذا قبل.

وهذا غلط، والمذهبُ أنه يصحُّ؛ شاء مَنْ عليه الحقُّ أو أبىٰ، والدليلُ عليه قولُه تعالىٰ: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍۚ وَأَن تَصَدَّقُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ﴾ فاعتبر مجرد الصدقة، ولم يعتبر مجرد القبول، وقال تعالىٰ: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُواْ﴾ فأسقط الدية بمجرد التصدق ولم يعتبر فيه القبول، والتصدق في هذا الموضع إنما هو الإبراء؛ ولأنه إسقاطُ حقٍّ فلم يعتبر فيه قبول المسقط عنه كالعتق، فإنه لا يعتبر فيه قبول العبد ورضاه، والذي ذكره ابنُ أبي هريرة يبطل بالعتق الذي قسنا عليه.

هذا كلُّه إذا وهبه لمن عليه الحق، فأما إذا وهبه لغيره فهل يصح أم لا؟ ذكر الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ في «كتاب الشروط»[1] أنه إذا وهب له مالًا في ذمة فلان أو باعه منه؛ صح ذلك إذا كان مَنْ عليه الحقُّ معينًا، وقدرُ الحقِّ الذي عليه معلومًا، وذكر في «كتاب المكاتب» أنه لا يجوز بيع نجْمٍ من نجوم المكاتب؛ لأنه غير مستقر، وهذا يدلُّ علىٰ أنه إذا كان ماله في ذمته مستقرًّا مثل أرش الجناية صحَّ بيعه، وذكر في «كتاب الرهن»[2] أنه لا يجوز أن يرهن ماله في

---

(١) الأم (٣/ ١٤٩- ١٥٠).

(٢) الأم (٣/ ١٦٣- ١٦٤) الرهن الفاسد.

ذمة فلان، ويخالف البيع والهبة لأنهما يزيلان الملك، والرهن لا يزيله.

قال أبو العباس بن سريج رَحِمَهُ اللَّهُ: اختلف أصحابُنا في ذلك علىٰ ثلاثة أوجه؛ فمنهم من قال يصحُّ بيع ما له في ذمة فلان من غيره وتصحُّ هبته، وتلزم الهبة بنفس العقد، ولا يشترط القبض في لزومه؛ لأن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ جعل ذلك بمنزلة الحوالة؛ لأنه ذكر أن الذي عليه الحق إذا أفلس أو جَحَدَ الحقَّ لم يكن للمشتري أن يرجع علىٰ البائع، والحوالة تلزم بنفس العقد، فجعل المشتري بمنزلة المحال علىٰ المحيل إذا أفلس المحالُ عليه أو جَحَدَ، لا يرجع المشتري علىٰ البائع إذا أفلس من عليه الحق الذي اشتراه من صاحبه، وأما رهنُه فلا يصح، لما ذكره الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ من أنه لا يزيل الملك، والبيع والهبة أقوىٰ منه.

ومِن أصحابِنا مَن قال يصحُّ البيعُ والهبةُ، ولا تلزم الهبة إلا بالقبض ويصح الرهن، ولا يلزم إلا بالقبض؛ لأنه بمنزلة العين في يده.

ومِن أصحابِنا مَن قال لا يصحُّ بيعُه ولا هبتُه ولا رهنُه؛ لأنه غير مقدور علىٰ التسليم، فهو كالطير في الهواء، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

صدقةُ التطوع عندنا بمنزلة الهبة في جميع الأحكام، ومِن شرْطِها الإيجابُ والقبولُ، ولا تلزم إلا بالقبض، وكلُّ من له الرجوع في الهبة، فله الرجوع في هذه الصدقة.

• فَصْلٌ •

إذا اشترى الحاجُّ أشياء في سفره بأسامي أصدقائه ومات في الطريق، فإن ورثته بالخيار فيما اشتراه وسمَّاه لأصدقائه، فإن شاءوا أمسكوها، وإن شاءوا

أهدوها لهم؛ لأن الهبة لا تصح إلا بالإيجاب والقبول.

وكذلك إذا أهدىٰ إلىٰ رجل شيئًا علىٰ يد رسوله فإنه علىٰ ملكه بعد، ولو مات المهدي كان وارثه فيه بالخيار، وإذا وصلت الهديةُ إلىٰ المهدىٰ إليه لم يملِكْها بالوصول ولم تلزم، ويكونُ ذلك إباحةً من المهدي حتىٰ لو أنه أهدىٰ له جاريةً لم يجز أن يستمتع بها؛ لأن الإباحة لا تدخل في الاستمتاع.

ومن أراد صحةَ الهدية ولزومَها وانتقالَ الملك فيها إلىٰ المهدىٰ إليه الغائب فإنه يوكِّلُ رسولَه في عقد الهدية معه، فإذا أوجب له وقبل المهدىٰ إليه وأقبضه إياها لزم العقد، وملك المهدىٰ إليه الهدية.

• فَصْلٌ •

إذا وهب الرجلُ لآخر شيئًا[1] **في مرضه المخوف، وسلَّمه إليه، فإن صحَّ من مرضه لزمت الهبة في جميعه**، سواءٌ كان قدر الثلث أو أكثر، وإن مات من مرضه لزمت الهبة في قدر الثلث، وللورثة الخيارُ فيما زاد عليه، إن شاءوا أجازوه، وإن شاءوا ردوه، وإن كان بعد ما سلمه إليه، لم يلزم عقد الهبة، وكان الورثة بالخيار بين أن يسلموه إلىٰ الموهوب له، وبين أن يمسكوه ويفسخوا العقد؛ لأن الموهوب ما لم يقبض فالواهب فيه بالخيار[2]، ووارثه إن مات كهو.

وأما إذا أوصىٰ له بشيء فإن الوصية تلزمُ في الثلث بكلِّ حال، سواءٌ كان الموصىٰ له قد تسلم القدر الموصىٰ له به، أو لم يتسلمه بعد، وهذا كما نقول في العتق إذا علَّقه بصفة، فإن أطلق فقال: «إن دخلتَ هذه الدار فأنت حرٌّ» ومات السيد بطلتِ الصفةُ حتىٰ لو دخل بعد موته لم يعتق، ولو أنه قال: «إن

(١) في (ق): «شيئًا لآخر».
(٢) في (ق): «بالخيار فيه».

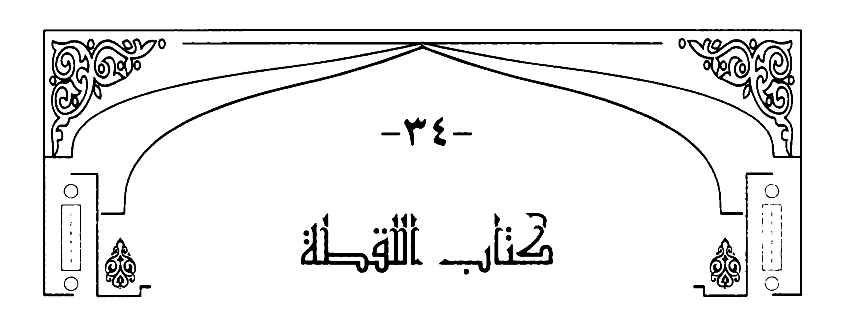
دخلتَ الدار بعد موتي فأنت حرٌّ»، ومات السيدُ لم تبطل الصفة فإن دخل بعد موته عتق.

وإنما لا تبطل هذه الصفة بالموت؛ لأنها أُجريت إلىٰ ما بعد الموت، فلم تبطل به، وكذلك الوصية، والله أعلم بالصواب.

آخر كتاب الهبات، ويتلوه كتاب اللقطة[١]

---

(١) زاد بعدها في (ف): في المجلد التالي، والحمد لله حق حمده، وصلواته على رسوله وعبده محمد النبي وآله، وسلامه.



-٣٤-

كتاب اللقطة

الأصلُ في اللقطة: الكتابُ، والسنةُ والإجماعُ.

فأما الكتابُ:

فقولُ الله تعالىٰ: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلۡبِرِّ وَٱلتَّقۡوَىٰ﴾، وفي أخْذِ اللقطة وردِّها علىٰ صاحبها معاونةٌ علىٰ البر والتقوىٰ.

وأما السنةُ:

فما روىٰ زيدُ بن خالد الجهني رضي الله عنه أن رجلًا سأل رسول الله ﷺ[1] عن اللقطة، فقال: «**اعرِفْ عِفاصَهَا ووِكاءَهَا وعرِّفْها سنةً، فإنْ جاءَ صاحِبُها، وإلَّا فشأْنك بِها**» ثم سأله عن ضالة الغنم، فقال له: «**خذْهَا؛ فإنَّما هِي لك، أو لأخِيكَ، أو للذِّئْبِ**»، ثم سأله عن ضالة الإبل، فغضب رسولُ الله ﷺ حتىٰ احمرت وجنتاه، فقال: «**مالَكَ ولَهَا مَعَهَا حِذاؤُها وسِقاؤُها تَرِدُ الماءَ، وترْعَى الشجَرَ، حتَّى يلْقَاهَا ربُّها**»[2].

---

(١) في (ق): «أن رسول الله ﷺ سأله رجل».

(٢) أخرجه أحمد (٦٧٤٦)، والبخاري (٩١) ومسلم (١٧٢٢).

وقد اختلف أهلُ اللغة في اللقطة، فقال الخليل بن أحمد[١]: هو الملتقِط؛ لأن كلَّ ما جاء علىٰ وزن (فُعَلَة) فهو اسمٌ للفاعل، وكلُّ ما جاء علىٰ وزن (فِعْلة) فهو اسم للمفعول، يقال: رجلٌ هُمَزة ولُمَزة وضُحَكة ولُحَنة. أما اللقْطة -بجزم القاف- فهو المالُ الملقوط، وقال الأصمعي[٢] والفراء[٣] وابن الأعرابي[٤]: اللقطة: اسمٌ لما يلتقط من المال، جاء هذا علىٰ غير قياس[٥].

وقولُه: (عفاصها) العفاصُ: هو الوعاء الذي يكون المال الموجود فيه، مثل الخرقة والجلدة.

و(الوكاء): الخيطُ الذي يشد به المال في الكيس، كما روي عن النبيِّ ﷺ [أنه قال][٦]: «**العينانِ وِكاءُ السَّه**»[٧].

وقولُه ﷺ (معها حذاؤها) الحذاءُ: النعلُ، يعني به خف الجمل، (وسقاؤها) يريد به جوفها؛ لأنها تأخذ ماءً كثيرًا في جوفها، فتبقىٰ عليه أكثر ما يبقىٰ سائر الحيوان.

وأراد بقوله: (ترد الماء وترعىٰ الشجر) أن عنقها طويلٌ فتنال الماء والمرعىٰ من الشجر، فهي محفوظة بنفسها، غير محتاجة إلىٰ أحد.

و(الضالة): اسم للحيوان وحده دون سائر الأموال، وما كان غير حيوان

---

(١) أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفىٰ: ١٧٠هـ)، وينظر كتاب العين (٥/ ١٠٠).

(٢) الأصمعي أبو سعيد عبد الملك بن قريب بن علي بن أصمع (المتوفىٰ: ٢١٦هـ).

(٣) أبو زكريا يحيىٰ بن زياد بن عبد الله بن منظور الديلمي الفراء (المتوفىٰ: ٢٠٧هـ).

(٤) أبو عبد الله محمد بن زياد الأعرابي (المتوفىٰ: ٢٣١هـ).

(٥) المصباح المنير (٢/ ٥٥٧) والزاهر في تفسير غريب الشافعي (ص ٢٦٤).

(٦) ليس في (ق).

(٧) أخرجه أبو داود (٢٠٣) وابن ماجه (٤٧٧) عن علي رضي الله عنه.

فإنه يقال لُقطة، وما كان حيوانًا سُمي ضوال وهوامي وهوامل.

ويدلُّ عليه أيضًا ما روى أُبي بن كعب رضي الله عنه قال: وجدتُ مائة دينار، فأتيت بها النبيَّ ﷺ فقال: **«عرِّفها حَوْلًا»**، فعرَّفتُها حولًا، ثم رجعتُ إليه، فعرفته، فقال: **«اعرِفْ عدتَها ووعاءَها، ووكاءَها، واخْلِطها بمالك، فإن جاء ربُّها فأدِّها إليه»**[١]

وروي عن عبد الله بن عَمْرٍو[٢] رضي الله عنه أن النبيَّ ﷺ سئل عن اللقطة، فقال: **«ما كان منها في الطريق المِيتاء، والقرية الجامعة، فعرِّفها سنة، فإن جاء صاحبُها فادفعها إليه، وإن لم يأتِ فهي لك»**[٣]. وأراد بالميتاء أن الناس يأتونه.

وروى عياض بن حِمَار رضي الله عنه عن النبيِّ ﷺ قال: **«من وجد لقطةً فلْيُشهد عليها ذا عدل، أو ذَوَي عدل، ولا يكتم، ولا يُغيِّب، فإن جاء صاحبها فهو أحق بها، وإلا فهي مال الله يؤتيه من يشاء»**[٤]

وروى عبدُ الله بن الشِّخِّير أنه وفد على رسول الله ﷺ وفدُ بني عامر، فقالوا: يا رسول الله، إنا نصيب هوامي الإبل أفنأخذها؟ قال: **«لا تفعلوا، ضالةُ المؤمن حَرْقُ النَّار»**[٥]

وأما الإجماعُ:

فقد أجمعتِ الأمةُ على جواز أخذ اللقطة، وإنما اختلفوا في مسائل سنذكرها بعد إن شاء الله.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٤٢٦، ١٧٢٣)، ومسلم (١٧٢٣).

(٢) في (ص)، (ق): «بن عمر»، وهو تصحيف.

(٣) أخرجه أبو داود (٢٤٩٤)، والترمذي (١٢٨٩)، والنسائي (٤٩٥٦).

(٤) أخرجه أحمد (١٨٣٤٣)، والنسائي (٥٧٧٦).

(٥) أخرجه الطبراني في الكبير (٢١١١)، وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (١٦٣٩)، والبيهقي والبيهقي (١٢٠٧١).

إذا ثبت هذا، فإن اللقطة على ضربين؛ حيوان، وغير حيوان.

فأما الحيوان؛ فلا يخلو من أن يوجد في العمران أو في الصحاري.

فإن كان في الصحاري، فلا يخلو من أن يكون مما يمتنع من صغار السباع لقوته وعظم جثته، مثل: الإبل، والبقر، والبغال، والحمير، أو يمتنع لخفته وسرعة عدوِهِ كالغزلان والأرانب، أو يمتنع بطيرانه كسائر الطيور، أو يكون مما لا يمتنع من صغار السباع، ولا يمكنه دفعه عن نفسه.

فإن كان مما يمتنع(١) **من ذلك**، فليس لأحد أَخْذُه، وقال أبو حنيفة: لكلِّ من وجده أخذُه، واحتج بأنها ضالة، فكان له أخذها، كالغنم وما لا يمتنع بنفسه.

ودليلُنا ما قدمناه من حديث زيد بن خالد في النهي عن أخذ ضالة الإبل.

فإن قالوا: نحمله على الضالة التي تكونُ في العمران والمواضع التي لا يخاف عليها الضياع فيها.

قلنا: قد فرَّق النبيُّ ﷺ بين ضالة الإبل، والغنم، وإنما يفترقان إذا وجدا في الصحاري دون العمران، فلا يجوز لأحد أخذُها؛ ولأن النبيَّ ﷺ [فرق بينهما](٢) بمعنىً موجود في نفس الضالة، لا في الموضع الذي توجد فيه؛ لأنه قال: «**مالَكَ ولها، مَعَها حِذاؤُها وسِقاؤُها تَرِدُ المَاءَ وترعَى الشَّجَرَ**»، وهذا يبطلُ تأويلَهم؛ ولأنه حيوانٌ محفوظٌ بنفسه، فلم يجز أَخْذُه، كما لو وجد طائرًا لإنسان في موضع، فإنه لا يجوز له أخذه؛ لأنه يمتنع بطيرانه؛ ولأنه إذا تركه كان أحوط لصاحبه؛ لأنه إذا أخذه أخفى أمره، وإذا تركه، وجده صاحبه إذا جاء يطلبه، فكان تَرْكُه أولى.

---

(١) في (ص): «لا يمتنع» وهو غلط.

(٢) ليس في (ق).

فأما الجوابُ عن قياسِهِم، فهو أنه مخالفٌ لنص السُّنة؛ لأن السُّنة فرَّقت بين ضالة الإبل والغنم، وهذا القياسُ يجمع بينهما فوجب اطراحه، ثم الفرقُ بين الإبل والغنم أن الإبل تمتنع بأنفسها، والغنم بخلافها، فوجب أن يختلفا في الحكم لذلك.

إذا ثبت هذا، فإن خالف وأخذ ما يمتنع بنفسه، فلا يخلو من أن يأخذه علىٰ وجه الالتقاط، أو يأخذه ليحفظه علىٰ صاحبه:

فإن أخذه علىٰ وجه الالتقاط ضمنه سواء كان الآخذ إمامًا أو بعض الرعية، فإن أرسله بعد ذلك لم يزل عنه الضمان؛ لأن من ضمن مالًا لم يسقط عنه ضمانه إلا برده علىٰ صاحبه أو إلىٰ النائب عنه في ماله، ألا ترىٰ أن السارق إذا رد المال إلىٰ الحرز الذي أخذه منه لم يزل عنه ضمانُه.

وأما إذا سلمه إلىٰ الإمام فهل يسقطُ عنه الضمان أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يسقطُ عنه الضمان؛ لأن للإمام يدًا علىٰ مال الغائب، ألا ترىٰ أنه إذا ثبت عليه - وهو غائب - دين، وله مال حاضر، فإن للإمام أن يأخذ من ماله قدر الدين فيقضيه.

والثاني: لا يسقطُ عنه الضمان؛ لأنه لا يتحقق أن للإمام أن يحفظ ذلك المال علىٰ صاحبه؛ لأن صاحبه إن كان رشيدًا فليس للإمام عليه ولاية، وإن لم يكن رشيدًا كان عليه ولاية، فإذا لم يتحقق ذلك لم يسقط عنه الضمان بالتسليم إليه.

وأما إذا أراد أن يأخذه ليحفظه علىٰ صاحبه، فإنه يُنْظَرُ، فإن كان إمامًا، كان له ذلك لما روي أن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حمىٰ النقِيع لخيل المجاهدين، ونَعَم الصدقة، والضَّوَال[1]، وإن كان رجلًا من الرعية، فهل له

(١) أخرجه أحمد (٥٦٥٥)، وابن حبان (٤٦٨٣)، والطبراني في الأوسط (٧٩٣٧).

ذلك أم لا؟ فيه وجهان؛ أحدهما: له ذلك كالإمام، والثاني: ليس له ذلك؛ لأنه لا نظر له في أموال المسلمين، ولا ولاية له عليهم، وبهذا فارق الإمام، فإن أخذه علىٰ هذا الوجه ضمنه، فإن سلَّمه إلىٰ الإمام فهل يزول عنه الضمان أم لا؟ علىٰ وجهين ذكرناهما، والله أعلم بالصواب.

• فَصْلٌ •

وأما إذا كان الحيوانُ لا يمتنعُ بنفسه مثل الغنم - وصغارُ ما يمتنعُ بنفسه في معنى الغنم ما لم يكبر - فله أخذُه والتقاطُه بدليل قول النبيِّ ﷺ: «**خُذْها فإنَّما هي لك أو لأخِيكَ أو للذِّئب**»[1]؛ ولأنها لا يمكنُها أن تمتنع بنفسها، فكان أخْذُها أولىٰ من تَرْكها، فإن أخذها كان بالخيار بين أن ينفق عليها من نفسه ويحفظها علىٰ صاحبها، وبين أن يعرِّفَها سنةً، ثم يتملكها بعد ذلك، وبين أن يأكلها ويغرم قيمَتها لصاحبها إذا جاء، وبين أن يبيعها في الحال ويحفظَ ثمنها لصاحبها.

هذا كلُّه إذا وَجَد الحيوانَ في الصحراء، فأما إذا وجده في البلد، فقد نقل المزني أن الشافعي قال فيما وضعه بخطه ولم يسمع منه: إذا وجد الشاةَ أو البعيرَ أو الدابة ما كانت بمصر أو في قرية، فهي لقطة، يعرِّفُها سنة، فسوَّىٰ بين الجميع في البلد.. قال أبو إسحاق: هذا هو المذهب.

والحُكمُ في الحيوان الذي يمتنعُ بنفسه والذي لا يمتنعُ بنفسه سواءٌ في البلد، والكلُّ لقطة؛ لأن الذي يمتنع بنفسه لا ينفعُه امتناعُه في البلد؛ لأنه لا مرعىٰ فيه يرعاه، ولا يعرف مواضع الماء في البلد حتىٰ يردها بنفسه، فهو بمنزلة الحيوان الذي لا امتناع فيه، فيكون له التقاطُه وأخْذُه، غير أنه لا يأكله؛ لأن ما أخذ في الصحراء أو في البلد بخلاف ذلك.

---

(١) أخرجه البخاري (٥٢٩٢)، ومسلم (١٧٢٢).

ومِن أصحابِنا مَن قال: المذهبُ فيما يوجد من الحيوان في البلد علىٰ التفصيل الذي ذكرنا في الصحراء؛ من أن يكون ممتنعًا أو غير ممتنع، إلا أنه ليس له الأخْذُ في البلد؛ لأنه يتمكنُ من بيعه فيه، وليس كالأخذ في الصحراء؛ لأنه لا يتمكن من بيعه فيها، قال هذا القائل: لأن الذي نقله المزني رَحِمَهُ ٱللَّهُ لا يصح أن يجعل مذهبًا له، ووجَّه هذا الخبر الذي ذكرناه؛ لأن النبيَّ ﷺ قد فرَّق بين الحيوان الذي يمتنع بنفسه، وبين الذي لا يمتنع بنفسه [وأطلق ذلك][1] ولم يفرِّقْ بين البلد والصحراء، فهو علىٰ عمومه علىٰ التفصيل الذي ذكره.. **هذا كله في الحيوان.**

• فَصْلٌ •

فأما ما عدا الحيوان إذا وجده، فلا يخلو من ثلاثة أحوال؛ إما أن يكون مما يبقىٰ بلا مئونة في استبقائه، أو يكون مما لا يبقىٰ بحال، أو يبقىٰ بمئونة.

فإن كان مما يبقىٰ بلا مئونة كالدراهم، والدنانير، والحديد، والرصاص، ونحو ذلك؛ كان لقطة، وسواء وجده في العمران أو الخراب، فله أن يأخذه، وهو بالخيار [إذا أخذه][2] بين حفظِهِ علىٰ صاحبه، وبين تعريفه سنة، فإن وجد صاحبه، وإلا تملكه بعد ذلك.

وإن كان مما لا يبقىٰ بحال مثل الهريسة، والبطيخ، والبقول، وغيرها، فإنه بالخيار بين أن يبيعَها ويحفظَ ثمنها علىٰ صاحبها، أو يعرف الثمن سنة، ثم يتملك ثمنه، وبين أن يأكلها بشرط أن يغرم القيمة ويحفظها علىٰ صاحبها أو يعرفها.

وإن كان مما لا يبقىٰ إلا بمئونة مثل الرطب يحتاج إلىٰ التشميس، ومثل

(١) ليس في (ق).
(٢) ليس في (ق).

العنب تزبَّب، فإن الإمام له نظرٌ فيه، فإن كان بيعُه رطبًا أو عنبًا[١] أوفَرَ علىٰ صاحبه؛ باعه وحفظ عليه ثمنه، وإن كان الحظُّ في استبقائه فإن أنفق المتلقطُ عليه حتىٰ جفَّ وتشمَّس كان له ذلك، وإن أبىٰ باع الحاكمُ جزءًا منه وأنفقه علىٰ تجفيفه، ويفارق البهيمةَ حيث قلنا لا يبيع جزءًا منها؛ لأن مئونتها لا تنتهي، فلو قلنا يبيع جزءًا منها وينفقه عليها ذهب جميعُ قيمتها في نفقتها لأنه كلما نفد شيء باع جزءًا للنفقة، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنه ينفق البعضَ علىٰ البعضِ، ويبقىٰ ذلك البعضُ بحاله لا ينقص منه شيء، ولا يفتقر بعد ذلك إلىٰ مئونة لجفافه، والله أعلم بالصواب.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ ﵁: (وَيَأْكُلُ اللُّقَطَةَ الْغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ، وَمَنْ تَحِلُّ لَهُ الصَّدَقَةُ وَتَحْرُمُ عَلَيْهِ)[٢].

وهذا كما قال.. إذا التقط ما يجوزُ التقاطُه وأراد أن يتملكه فإنه يعرِّفه سنةً، فإذا عرَّفه ولم يجئ صاحبُه؛ كان بالخيار بين أن يحفظه بعد ذلك علىٰ صاحبه وبين أن يتملكه، وبين أن يتصدق به، وبين أن يأكله، وسواء كان غنيًّا أو فقيرًا، أو كان من ذوي القربىٰ لرسول الله ﷺ أو لم يكن.

وقال أبو حنيفة: إن كان غنيًّا كان بين أمرين إن شاء حفظه علىٰ صاحبه، وإن شاء تصدق به، وتكون صدقته به موقوفة، فإن جاء صاحبُه فأجازها كانت عنه، وإن لم يجئ كانت علىٰ الملتقط، وعليه غرامتها، وليس له أن يأكلها، ولا أن يتملكها، وإن كان فقيرًا كان بالخيار بين أن يحفَظَها علىٰ صاحبها، وبين أن يتصدق بها، وتكون الصدقةُ موقوفةً، وبين أن يأكلَها

(١) في (ق): «عنبًا أو رطبًا».

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٥).

وينتفعَ بها، وإن كان من ذوي القربىٰ فحُكْمه حُكم الغني وإن كان فقيرًا.

وقال مالك: إن كان غنيًّا فله أكل اللقطة والانتفاع بها؛ لأنه وفِيٌّ بِبدلها، وإن كان فقيرًا لم يجز له تناولها.

واحتج من نصر أبا حنيفة بقول النبي ﷺ لرجل سأله عن اللقطة: «**تصدَّق بِها، ولا تكُنْ لَقَّاطًا**»[١].

وروىٰ عياضٌ رضي الله عنه أن النبيَّ ﷺ قال: «**مَن وَجَدَ لُقطةً فلْيشهِدْ عليها ذا عدْلٍ، أو ذَوَيْ عدلٍ، ولا يكتُمُ ولا يغَيِّبُ، فإن وَجَد صاحبَهَا، فلْيردَّها عليه، وإلَّا فهي مالُ الله يؤتيه مَن يشاءُ**»[٢] والتعلُّق به من وجهين:

أحدهما: أنه أضاف ذلك المال إلىٰ الله تعالىٰ، وما أضافه إلىٰ الله تعالىٰ فهو صدقة، والصدقة لا تحل للغني.

والثاني: أنه نهىٰ عن تغييبها وكتمانها، وإذا تملكها فقد غيَّبها.

قالوا: ولأنه مالٌ لغيره، وهو غير محتاج إليه، فلم يجز له الانتفاع به من غير إذن صاحبه، كالوديعة تكون في يده؛ ولأنه جعل إليه حفظ هذا المال والقيام به وطلب مستحقه، فهو بمنزلة الإمام في بيت المال، وليس للإمام أن يأكلَ مالَ بيت المال ولا أن يتملكه، فكذلك هاهنا.

ودليلُنا ما روىٰ زيد بن خالد رضي الله عنه أن رجلًا سأل رسول الله ﷺ عن اللقطة فقال: «**اعرِفْ عِفاصَهَا ووِكاءَهَا، فإن جاء صاحِبُها وإلَّا فاستنْفِعْ بها**»[٣]، ولم يفرق بين الغني والفقير.

---

(١) لم نقف علىٰ تخريجه، وسيأتي تضعيف المصنف له.

(٢) أخرجه أحمد (١٨٣٤٣)، والنسائي (٥٧٧٦).

(٣) أخرجه أحمد (٦٧٤٦)، والبخاري (٩١) ومسلم (١٧٢٢).

فإن قيل: يجوز أن يكون ذلك الرجلُ كان فقيرًا، فلذلك جعل له الانتفاع باللقطة.

فالجوابُ: أن النبيَّ ﷺ لم يستفصِلْ، ولو كان الحُكْمُ يختلف بذلك لاستفصل عن حاله.

فإن قالوا: يجوزُ أن يكون علم أنه فقير لِمَا شاهد من رثاثة حاله، فلذلك لم يستفصِلْه.

قلنا: رثاثةُ الحال لا تدل علىٰ فقر الرجل؛ لأن العادة تختلف في ذلك، فقد يكون الرجل ذا مال وهو بزِيٍّ خسيس، وقد يتجمل بِزِيٍّ حسنٍ ولا مال له، ويدلُّ عليه ما روىٰ أُبي بن كعب، قال: وجدتُ صرَّة فيها مائة دينار فأتيتُ بها النبي ﷺ فقال: «**عرِّفها حولًا**» فعرفتُها حولًا ورجعتُ إليه، فقال: «**اعرِفْ عُدَّتها ووِعاءَهَا ووِكاءَهَا واخْلِطْها بمالِك**»[1] وكان أُبي رضي الله عنه من أيسر أهل المدينة.

فإن قالوا: يحتمل أن يكون أُبي كان فقيرًا في ذلك الوقت، ثم أيسر بعده من الغنائم.

قلنا: إنما كان ذلك في المهاجرين الذين فارقوا أموالهم وكانوا فقراء، ثم أيسروا، وأُبي بن كعب من الأنصار وكانوا مياسير ذوي أموال.

ويدلُّ عليه من جهة المعنىٰ أن ما جاز أن يأخذه فقيرًا كان أو غنيًّا، جاز له الانتفاعُ به فقيرًا كان أو غنيًّا، أصله: إذا وجد رِكازًا؛ ولأن كلَّ من جاز له الاستقراضُ جاز له الانتفاع باللقطة كالفقير؛ ولأن الغني لما ساوىٰ الفقير في سبب الانتفاع باللقطة - وهو أخذها وتعريفها - جاز أن يساويه في الانتفاع بها كما نقول في الاحتطاب والاحتشاش؛ لأنه ساواه في تملكه والانتفاع به.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٤٢٦، ١٧٢٣)، ومسلم (١٧٢٣).

فأما الجوابُ عن الخبر الأول، فهو أنه لا تُعرف صحته[١]، فإن حملوا قوله «تصدق بها» علىٰ الجواز، قلنا: لأن عندنا يجوز أن يتصدق بها، وإن حملوه علىٰ الوجوب لم يصح؛ لأن أحدًا لا يقول أنه يجب علىٰ الملتقط أن يتصدق بها، وقوله: «**ولا تكن لقَّاطًا**» مجمعٌ علىٰ تركه؛ لأن الالتقاط جائز.

وأما الجوابُ عن حديث عياض رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فهو حُجة عليهم؛ لأنه قال: «**فهو مالُ اللهِ يُؤتيه مَن يشاء**»، فأطلق ولم يفرِّق بين الغني والفقير، وإضافةُ المال إليه لا تدلُّ علىٰ أنه صدقة؛ لأن الأشياء كلها لله تعالىٰ، وقد قال الله تعالىٰ: ﴿وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ﴾ وأحدٌ لا يقول أن مال الكتابة صدقة.

وأما الجوابُ عن نهيه عن التغييب والكتمان، فهو أنه محمولٌ علىٰ التغييب قبل التعريف.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على الوديعة، فهو أن المعنىٰ في الوديعة أنه لا يجوز للفقير الانتفاع بها، وليس كذلك في مسألتنا، فإنه يجوز للفقير الانتفاعُ باللقطة فجاز للغني الانتفاع بها.

وأما استدلالُهُم، فالجوابُ عنه أنا لا نسلِّم أن علىٰ الإمام طلب من يستحق مال بيت المال، وإنما عليه أن يعطي من يظهر ويأتي من المستحقين، ثم إن مال بيت المال يفارق اللقطة؛ لأن الإمام إذا كان فقيرًا لم يجز له الانتفاع بجميع مال بيت المال، وللملتقط إذا كان فقيرًا أن ينتفع بجميع مال اللقطة، وكذلك إن كان الإمام غنيًّا جاز له أن يأخذ من بيت المال كفايته كما يكون للوصي في مال اليتيم فافترقا، والله أعلم.

---

(١) يعني حديث: «لا تكن لقاطًا».

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رضي الله عنه: (وَلَا أُحِبُّ لِأَحَدٍ تَرْكَ لُقَطَةٍ وَجَدَهَا إِذَا كَانَ أَمِينًا عَلَيْهَا)(١).

وهذا كما قال.. قولُ الشافعي رحمه الله هذا يقتضي أن أخذ اللقطة مستحبٌّ وليس بواجب، وقال في «كتاب اللقطة الصغير»: «ولا يحلُّ تركُ اللقطة لمن وجدها إذا كان أمينًا عليها»(٢) وهذا يقتضي أن الالتقاط واجب، واختلف أصْحابُنا في ذلك علىٰ طريقين:

فمنهُم مَن قال المسألةُ علىٰ اختلاف حالين، فالموضعُ الذي يستحب التقاطها فيه إذا وجدها في دربٍ أهله أمناء، أو في قرية سكانها صالحون، فإنه يستحب له التقاطها؛ لأنه إذا تركها ولم يأخذها لم تضع؛ لأمانة أهل ذلك الموضع، والذي أوجب التقاطها فيه إذا كانت في موضع فيه أخلاط من الناس، وفيهم من لا أمانة له، فيجب أخذها؛ لأنه إذا تركها ربما التقطها مِن(٣) أهل ذلك الموضع ممن لا أمانة له، فتضيع.

ومِن أصحابِنا مَن قال المسألةُ علىٰ قولين؛ **أحدهما**: يستحب ذلك ولا يجب عليه؛ لأنه أخذ أمانة فلم يجب عليه كقبول الوديعة، **والثاني**: يجب عليه؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾، وإذا كان هذا الواجد وليًّا لصاحب اللقطة، فواجبٌ علىٰ الولي أن يحفظ مال من هو وليٌّ له كما يجب علىٰ الوصي أن يحفظ مال من هو ولي له وهو اليتيم، ولا يحل تضييعه، ويفارق الوديعة؛ لأنه إذا لم يقبلها بقيت في يد صاحبها ولم تضع، وهاهنا إذا

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٥).
(٢) الأم (٤/ ٧٠).
(٣) زيادة ضرورية.

لم يأخذها ضاعت.. هذا جملةُ مذهبنا في استحباب الالتقاط وإيجابه.

وقال مالك وأحمد: يكره الالتقاط، وهو قولُ عطاء، وأبي الشعثاء جابر ابن زيد.

ودليلُهم في المسألة قولُه ﷺ: «**ضالةُ المؤمِنِ حرْقُ النَّار**»[١]، وقوله ﷺ: «**لا يأوِي الضَّالةَ إلا ضالٌّ**»[٢]، وروي أن ابن عباس رضي الله عنه قال في اللقطة: لا ترفعها من الأرض، لست أنت منها في شيء[٣]، وروي عن عبد الله بن دينار قال: قلت لابن عمر رضي الله عنه: وجدتُ لقطة فأخذتُها، قال: لم أخذتَها؟[٤] وروي أن عمر رضي الله عنه رأىٰ دينارًا مطروحًا في المسجد فلم يأخذه[٥]، وروي أن شريحًا رحمه الله رأىٰ درهمًا فلم يعرض له[٦].

ودليلُنا ما ذكرنا من حديث زيد بن خالد رضي الله عنه[٧]؛ لأن الرجل سأله عن اللقطة فلم ينكر عليه النبيُّ ﷺ، وكذلك حديث أُبي بن كعب حين قال لرسول الله ﷺ: وجدتُ صرةً فيها مائةُ دينار، فقال: «**عرِّفها**» ولم ينكر عليه أخذها؛ ولأنه أخذ أمانة للأمين، فلم يكره، أصلُه: قبول الوديعة، والوصية إليه.

فأما الجوابُ عن خبرهم، فهو أن نقول: الضالة إما تستعمل في الحيوان

---

(١) أخرجه الطبراني (٢١١١)، وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (١٦٣٩)، والبيهقي (١٢٠٧١).

(٢) أخرجه أبو داود (١٧٢٠)، وابن ماجه (٥٧٦٧)، والطبراني (١٣٨١) عن جرير رضي الله عنه.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٢٠٨٤)، والبيهقي (١٢٠٨٢).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٢٠٩١) وابن المنذر (٨٦٣٣).

(٥) لم نقف عليه، وروي نحوه عن أبي هريرة أخرجه ابن أبي شيبة (٢٢٠٨٩) وابن المنذر (٨٦٣٥).

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٢٠٨٨) وابن المنذر (٨٦٣٦).

(٧) أخرجه أحمد (٦٧٤٦)، والبخاري (٩١) ومسلم (١٧٢٢).

دون سائر الأموال، وقد بينا أن التقاط بعض الحيوان منهيٌّ عنه.

وأما الجوابُ عن خبري ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم، فهو أن هذه المسألة خلافٌ بين الصحابة؛ لأنه روي عن سُويد بن غَفَلَة رضي الله عنه قال: التقطتُ سوطًا بالعُذيب، فأخبرتُ أبي بن كعب به، فقال: أحسنتَ، ووجدتُ صُرَّة فيها مائة دينار، وساق قصته(١)، فاستحسن ذلك، ولم ينكره عليه، وروي أن رجلًا [قال لعلي](٢): وجدتُ لقطة فيها ثلاثمائة درهم، فقال: عرِّفها(٣)، ولم ينكر عليه التقاطها، وروي أن سعيد بن المسيب رحمه الله قال لرجل وجد لقطة ولم يأخذها: كان ينبغي لك أن تأخذها(٤)، والتابعيُّ يُعتد(٥) بخلافِهِ للصحابي.

وقد روينا عن النبيِّ صلى الله عليه وسلم أخبارًا تدلُّ علىٰ أن اللقطة غير مكروهة.. قال الشافِعِيُّ رحمه الله(٦): يجوز أن تكون هذه الأخبارُ لم تبلغ ابنَ عمر رضي الله عنه فذهب ذلك المذهب برأيه.

هذا كلُّه إذا كان الواجد أمينًا، فأما إذا كان خائنًا فإن الأولىٰ أن لا يأخذها لئلا تدعوه نفسه إلىٰ إتلافها.

إذا ثبت هذا، وأخذها الذي يعرف من نفسه الخيانة فلا يضمنها إلا بالتعدي، ألا ترىٰ أنه إذا أودع الخائن مالًا والمودع لا يعلم أنه خائن كان أمانة في يده ما لم يتعد فيه.

إذا ثبت ذلك، فإن التقط ملتقط لقطة، ثم ردها إلىٰ الموضع الذي أخذها

---

(١) أخرجه البخاري (٢٤٢٦، ١٧٢٣)، ومسلم (١٧٢٣).

(٢) ليس في (ق).

(٣) أخرجه عبد الرزاق (٢١٦٣٤) وابن أبي شيبة (٢٢٠٥٤).

(٤) ذكره ابن المنذر في الأوسط (١١/ ٣٧٥).

(٥) في (ق): «لا يعتد» وهو غلط.

(٦) الأم (٤/ ٧٩).

منه لم يجز له، ويضمنها إن تركها فيه.

وقال أبو حنيفة: لا يلزمه الضمان بذلك ويبرأ من الأمانة بردها إلىٰ الموضع الذي أخذها منه. قال: لأنه مأذونٌ له في أخذها من ذلك الموضع، فإذا ردها إليه لم يلزمه الضمان كما إذا أخذ الوديعة من موضعها ثم ردها إليه.

ودليلُنا: أن كل ما ضمن به الوديعة ضمن به اللقطة، أصله: رميها في موضع آخر؛ ولأنه لما التقطها وأخذها التزم حفظها، فإذا وضعها بعد ذلك في الموضع الذي أخذها منه ضمنها؛ لأنه ضيَّعها بردِّها إليه؛ ولأنه إذا خلَّص مالًا لغيره من الغرق ثم رمىٰ به في الماء فتلف، لزمه الضمان، فكذلك هذا، وهكذا إذا أخذ الوصي أو الولي المال من يد المولىٰ عليه ثم ردَّه عليه صار ضامنًا له، فكذلك هذا.

فأما الجوابُ عن قياسِهِم فمن وجوه؛ أحدها: أن الإذن لا تأثير له في الأصل؛ لأنه لو كان قد غصبه ثم رده إليه زال الضمان، فلم يبطل به إذا خلَّصه من الغرق، ثم رده ورمىٰ به في ذلك الماء، فتلف فيه، وكذلك إذا قال له: «خذ مالي هذا ويكون وديعة عندك» فأخذه ثم رده ووضعه في الموضع الذي أمره المودع بأخذه منه، فإنه يضمنه، ثم المعنىٰ في الأصل أنه رده إلىٰ صاحبه ولم يضيعه، وليس كذلك في مسألتنا لأنه ضيعه بوضعه إياه في ذلك الموضع فهو كما لو رمىٰ به في موضع آخر.

◆ **مَسْأَلَةٌ** ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَعَرَّفَهَا سَنَةً عَلَى أَبْوَابِ الْمَسَاجِدِ وَالْأَسْوَاقِ، وَمَوَاضِعِ الْعَامَّةِ، وَيَكُونُ أَكْثَرُ تَعْرِيفِهِ فِي الْجُمُعَةِ الَّتِي أَصَابَهَا فِيهَا فَيَعْرِفُ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا

وَعَدَدَهَا وَوَزْنَهَا وَحِلْيَتَهَا، وَيَكْتُبُهَا، وَيُشْهِدُ عَلَيْهَا)[١].

[وهذا كما قال.. ذكر الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ أولًا التعريفَ وكيفيته، ثم ذكر بعده معرفة صفات اللقطة والإشهاد عليها][٢]، ونحن نرتبُ ذلك، فنذكر أولًا معرفة صفاتها، والإشهاد عليها، ثم نذكر التعريف؛ لأن الترتيب كذا يقتضيه.

وجملته أن من التقط لقطةً، فأول ما يصنع فيها أن يعرف وعاءها، ووكاءها، وجنسها، وأما عددها فإن كان قليلًا مما يُعد في العادة مثله عدَّه، وإن كان كثيرًا مثله لا يعرف في العادة بالعد[٣] لم يعده.

والأصلُ في ذلك قولُ النبي ﷺ في حديث زيد بن خالد رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «**اعْرِفْ عِفَاصَهَا ووِكاءَهَا**»[٤]، وفي حديث أُبي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «**اعرِفْ عُدَّتَها**»[٥] وهذا يتضمنُ يتضمنُ معرفة الجنس؛ لأنه إذا عرف قدر اللقطة فقد عرف جنسها.

وقال أبو إسحاق: ذكر الشافعي وجوهًا فيما يحتمل أمر رسول الله ﷺ الملتقط بمعرفة الوعاء والوكاء:

أحدها: أنه يحتمل أن يكون أمره بذلك حتىٰ لا يرمي الوكاء والوعاء، أو يتملكها فلا يردهما.

والثاني: أنه يحتمل أن يكون أمره بذلك تنبيهًا علىٰ حفظ ما في الوعاء.

والثالث: أنه يحتمل أن يكون أمره بذلك حتىٰ يمكنه تمييزها إن اختلطت، حتىٰ إذا عرف اللقطة ذكر في تعريفه أنه وجد ذهبًا أو فضةً مشدودةً في خرقة أو كيس وما أشبه ذلك.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٥).

(٢) ليس في (ص).

(٣) في (ق): «عدده في العادة».

(٤) أخرجه أحمد (٦٧٤٦)، والبخاري (٩١) ومسلم (١٧٢٢).

(٥) أخرجه البخاري (٢٤٢٦، ١٧٢٣)، ومسلم (١٧٢٣).

والرابع[١] أنه يحتمل أن يكون أمره بذلك حتىٰ إذا جاء من أعطاه صفاتها علم أنه أصاب في صفاتها، فإن غلب علىٰ ظنه صدقُه جاز له أن يدفعها إليه؛ لأن عندنا وإن كان لا يجب عليه التسليمُ بإعطاء الصفات غير أنه يجوز ذلك إذا غلب علىٰ ظنه صدقُه.

• فَصْلٌ •

وأما الإشهادُ على اللقطة فهل يجب أم لا؟ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ فيما نقله المزني: «ويكتبها ويشهد عليها» فأما الكتابة فإنها مستحبةٌ بلا خلاف.

وأما الإشهادُ فقد اختلف أصْحابُنا فيه؛ فمنهُم مَن قال يجبُ أن يشهد عليها، ومنهُم مَن قال لا يجب عليه - وهو الصحيح - وعليه نصَّ الشافعي في «الأم»[٢]؛ لأنه قال: «ولو لم يكتبها ولم يشهد عليها فلا ضمان عليه» ولو كان الإشهاد واجبًا لضمنه إياها بتركه؛ ولأن الشافعي ذكر الكتابة والشهادة وجمع بينهما، والكتابة مستحبة فكذلك الشهادة.

وقال أبو حنيفة: يجب عليه الإشهاد عليها، فإن لم يفعل ضمنها[٣]

واحتج من نصره بما روىٰ عياضٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبيَّ ﷺ قال: «**مَن وَجَدَ لُقطة فلْيُشهِد عليها ذا عدل، أو ذَوَيْ عدل ولا يكتُمُ ولا يغيِّب**»[٤]، فأمر بالإشهاد، ونهىٰ عن التغييب والكتمان؛ ولأنه إذا لم يُشْهد عليها اتُّهم في ذلك وغلب علىٰ الظن أنه إنما فعل ذلك لينتفع بها.

ودليلُنا حديث زيد بن خالد، وأن النبيَّ ﷺ لم يأمره بالإشهاد، ولو كان

(١) في النسخ: «والخامس» وهو غلط.

(٢) الأم (٤/ ٢٧٥).

(٣) ينظر: الأوسط لابن المنذر (١١/ ٣٩٩- ٤٠٠).

(٤) أخرجه أحمد (١٨٣٤٣)، والنسائي (٥٧٧٦).

واجبًا لبينه وأمره به؛ لأن ذلك وقتُ البيان؛ ويدلُّ عليه حديثُ أبي بن كعب رضي الله عنه ولم يأمره فيه بالإشهاد؛ ولأن كلَّ مالٍ يجوز لواجده تناوله لم يلزمه الإشهاد عليه كالركاز؛ ولأنه أخذ أمانة فلم يلزمه الإشهاد عليه كقبول الوديعة؛ ولأن كلَّ مالٍ لا يضمنه إذا أشهد عليه وجب أن لا يضمنه وإن لم يشهد عليه كمال الوديعة وعكسه المال المغصوب.

فأما الجوابُ عن الخبر، فهو أن المراد به الاستحباب بدليل أنه لم يأمره به في حديث زيد بن خالد وحديث أبي بن كعب رضي الله عنهما.

فأما الجوابُ عن قولهم أنه تلحقه التهمة بترك الإشهاد، فهو أن هذا رجمٌ بالغيب، فإنه يجوز أن يكون إنما لم يشهد لأنه يريد أن يعرفها ويستقصي في تعريفها، ثم إن الظاهر من حال المسلم أنه إذا أخذ مال غيره أنه يحفظه عليه، فكان تركه للإشهاد محمولًا علىٰ ما هو أولىٰ بحاله، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

وأما الكلامُ في التعريف، فهو ستة فصول؛ في وجوب التعريف، وفي قدر التعريف، وفي زمانه، وفي مكانه، وفي المعرِّف، وفي كيفية التعريف.

فأما الفصل الأول، فإنه يُنظر في الملتقِطِ، فإن كان التقطه ليحفظه علىٰ صاحبه وليس يريد أن يتملكه وينتفع به، وجب عليه التعريف، والدليلُ عليه قوله ﷺ: «**اعرفْ عِفاصَهَا ووِكاءَهَا، ثم عرِّفها سنة، فإن جاء صاحبُها وإلا فشأْنُك بها**»(١) فألزمه التعريف لما جعلها له بعده.

وأما قدرُ التعريف، فإنه سنة؛ لأنه القدرُ المؤقتُ في الخبر.

فإن قيل: هلا قلتم يعرفها ثلاثة أحوال؟ لما روي في حديث أُبي رضي الله عنه أن

---

(١) أخرجه أحمد (٦٧٤٦)، والبخاري (٩١) ومسلم (١٧٢٢).

النبيَّ ﷺ قال له: «**عرِّفْها حولًا**» قال: فعرفتها حولًا، ثم جئته فقال: «**عرفها حولًا**» فعرفتها حولًا، ثم جئته فقال: « **عرِّفْها حولًا**».

فالجوابُ: أن أبا داود رَحِمَهُ اللَّهُ قال[1]: شك الراوي في ذلك، فقال: عرفها مرة أو ثلاثًا أو حولًا أو أحوالًا، وإذا شك الراوي فيه سقط، ولم يصح الحكم به.

وجواب آخر، وهو أن في حديث زيد «سنة واحدة» فوجب الحُكم به. قال أبو بكر ابن المنذر رَحِمَهُ اللَّهُ[2]: ولأن المسلمين أجمعوا علىٰ أنه لا يجب تعريفُها ثلاثة أحوال، وإنما يجب حولًا واحدًا، فدل إجماعُهُم علىٰ أن (تلك الرواية في)[3] الثلاث غير صحيحة.

إذا ثبت أن قدر التعريف سنة، فهل من شرطها التوالي أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: ليس من شرطها التوالي، ويجوز أن تفرق السنة، فيعرفها شهرًا من سنة وشهرًا من سنة أخرىٰ، وعلىٰ هذا، لأن النبيَّ ﷺ أطلق السنة فاحتمل الأمرين معًا كما لو نذر رجلٌ صيام سنة كان له تفريقُها وموالاتُها.

والثاني: أن من شرطها التوالي لأن القصد من التعريف أن يبلغ صاحبه ويقف علىٰ خبر من ماله، وإذا فرقها لم يحصلْ له المقصودُ بذلك.

وأما زمانُ التعريف، فهو بالنهار دون الليل؛ لأن القصد به أن يبلغ صاحبَه ذلك، وهذا لا يحصلُ بالتعريف بالليل، ويكونُ أكثر تعريفه في الجمعة التي أصابها فيها؛ لأن ذلك أبلغُ في التعريف، ولأن العادة أن من وقع منه شيءٌ فإنه

---

(١) سنن أبي داود (١٧٠١).
(٢) الأوسط (١١/ ٣٨٩).
(٣) في (ق): «الرواية تلك».

يطلبه في تلك الساعة وما قرب منها أشد من طلبه إذا بُعد العهد.

وأما مكانُ التعريف، فهو مجامع الناس مثل الأسواق، وأبواب المساجد[١]، ولا يعرفها داخل المسجد لما روي أن النبيَّ ﷺ سمع رجلًا ينشد ضالة في المسجد فقال: «**لا وَجَدْتَّها، إنما بُني المسجِدُ لما بُني له**»[٢].

وأما من يعرِّف، فإن أراد الملتقِطُ أن يعرِّفها بنفسه جاز، وإن لم يعرِّفها بنفسه اكترىٰ من يعرِّفها له، ويكون الكراءُ عليه في ماله؛ لأنه يقصد بذلك التملك بعد السنة، فالتعريفُ في السنة سببُ تملكه، فكانت عليه مئونته لأنه إذا قصد التملك وجب عليه التعريف، وإذا وجب عليه، فعليه أجرته.

وأما كيفيةُ التعريف، فهو أن يذكر الجنس، فيقول: «من ضاع له ذهب أو فضة أو ما كان»، ولا يذكر جميع أوصافها فيقول: «من ضاع له ذهب قدره كذا، ونقده كذا، وهو في خرقة لونها كذا»؛ لأنه إذا فعل ذلك ادعاه كلُّ أحد، فيقتصر في أوصافها علىٰ ذِكْرِ الجنس حتىٰ يتميز من غيرها، والله أعلم.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وَإِلَّا فَهِيَ لَهُ بَعْدَ سَنَةٍ عَلَى أَنَّهُ مَتَى جَاءَ صَاحِبُهَا فِي حَيَاتِهِ أَوْ بَعْدَ مَوْتِهِ فَهُوَ غَرِيمٌ إنْ كَانَ اسْتَهْلَكَهَا)[٣].

وهذا كما قال.. إذا عرَّف اللقطة سنة، فهل تصير اللقطة ملكًا له بمضي السنة أو لا تصير حتىٰ يختار تملكها؟

قال الشافِعِيُّ هاهنا[٤]: «فإن جاء صاحبها وإلا فهي له» فجعلها ملكًا له

---

(١) الأوسط (١١/ ٣٩٨).

(٢) أخرجه مسلم (٥٦٨).

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٥).

(٤) الأم (٤/ ٦٩).

ولم يعتبر اختياره، وقال في موضع آخر: «إذا عرَّفها سنة، فإن شاء ملكها علىٰ أن يغرمها لصاحبها إن جاء، وإن شاء حفظها عليه» وهذا يقتضي أنه لا يملكها إلا باختياره.

واختلف أصْحابُنا في ذلك علىٰ وجهين:

فمنهُم مَن قال تدخل في ملكه بمضي السنة، ولا يفتقر إلىٰ الاختيار، ووجهه شيئان؛ **أحدهما**: ما روي أن النبيَّ ﷺ سئل عن اللقطة فقال: «**مَا كان مِنْها في الطَّرِيقِ المِيتَاءِ والقريَةِ الجامِعةِ، فعرِّفْها سنةً، فإنْ جاء صاحِبُها فادْفَعْها إليه، وإنْ لم يأتِ فهِي لك**»[1] فجعلها له ولم يعتبر اختياره؛ ولأن التعريفَ سنة سببٌ للتملك، فإذا حصل سببُ التملك تعقبه الملك، ألا ترىٰ أنه إذا احتش واحتطب واصطاد تعقب الملك سببه، ولم يفتقر إلىٰ اختيار تملك.

ومنهُم مَن قال لا تدخل في ملكه إلا باختياره، وعليه أكثر أصحابنا، ووجهه قوله ﷺ: «**فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها**» فجعل إليه الاختيار بعد السنة، فدل علىٰ أنها لا تدخل في ملكه بمضي السنة، وأيضًا فإنه يملك اللقطة بعوض، فوجب أن يعتبر فيه اختيار المالك كالبيع والإجارة والنكاح.

فأما الجوابُ عن الخبر الذي ذكرناه للوجه الأول، فهو أن قوله: «**فهي لك**» أراد به إطلاق اليد فيها.

وأما الجوابُ عن أنه سببٌ للتملك، والملكُ يتعقب سببه، فهو أن السبب علىٰ ضربين: سبب يتعقبه الملك، وسبب يثبت به الاختيار، فيكون التملك به بالاختيار بعده، ألا ترىٰ أن حق الشفعة والتملك بها يثبت بالبيع، ثم بعد البيع يختار التملك فيملك، ولا يدخل الشقص بالشفعة في ملكه بنفس السبب وهو البيع، وكذلك الغانمون إذا غنموا وحازوا الغنيمة لم يملكوها

---

[1] أخرجه أحمد (٦٧٤٦)، والبخاري (٩١) ومسلم (١٧٢٢).

وإنما إذا اختاروا تملكها بعد ذلك ملكوها.

إذا تقرر هذا، فإذا قلنا لا يدخل ويفتقر إلىٰ الاختيار، فما ذلك الاختيار؟ فيه وجهان؛ **أحدهما**: بالقول وهو أن يقول: «اخترتُ ملكها» أو «تملكها» أو ما أشبه ذلك، **والثاني**: بالقول والتصرف فيه.

فإذا قلنا بالقول بمجرده، فوجهُهُ أن حق التملك بالشفعة يثبت بالبيع، فإذا اختار التملك بالقول ملك، وكذلك الغانمون إذا اختاروا التملك ملكوا بالقول المجرد، فكذلك هذا، وإذا قلنا بالقول وبالتصرف فوجهُهُ أنه لا خلاف أن صاحبها إذا جاء بعد أن اختار الملتقِطُ تملَّكها ولم يتصرف فيها كان صاحبها أحقَّ بها، فلو كان قد ملكها بمجرد القول لم يكن صاحبها أحق بها، ومِن أصحابِنا مَن قال يملكها بالقصد والنية إلىٰ تملكها، ولا يفتقر إلىٰ القول.

والصحيحُ أنه يملكها بمجرد القول، وأما مجردُ القصد والنية فليس بصحيح؛ لأنه لم يوجد في الأصول موضعٌ يحصل الملك فيه بالقصد والنية، فيكون هذا مخالفًا للأصول.

فأما الذي ذكروه من أن صاحبها أحق بها قبل التصرف فلا يصح أيضًا؛ لأنه لا يمتنع أن يكون أحقَّ بها، وإن كانت ملكًا له، ألا ترىٰ أن للأب الرجوع فيما وهب لابنه فيكون أحقَّ به منه وإن كان ملكًا للابن.

فحصل من جملة هذا أربعة أوجه؛ أحدها: تدخُلُ في ملكه بمضي السنة من غير اختيار، والثاني: بمجرد القصد والنية، والثالث: بمجرد القول، والرابع: بالقول والتصرف[1].

هذا الكلامُ في ملكها، فأما الكلامُ في ضمانِها فهي في يده قبل السنة أمانة

---

(١) الأوسط (١١/ ٣٩٠- ٣٩٨).

بمنزلة الوديعة.

فإذا جاء صاحبُها قبل السَّنة(١)، فإن كانت(٢) تلفتْ من غير تفريط منه، فلا ضمان عليه، وإن كانت تلفت بتفريط منه ضمنها، وإن كانت باقية بحالها لم تزد ولم تنقص أخذها كما هي، وإن كانت نقصت بغير تفريط(٣) منه فلا شيء عليه، وإن كان بتفريط منه ضمن أرش النقصان، وإن كانت زادت أخذها بزيادتها المتصلة والمنفصلة؛ لأنها ملك له، فما ينفصل من زيادتها ينفصل في ملكه.

وأما إذا جاء صاحبُها بعد مضي السَّنة، فإن قلنا لا تدخل في ملكه بمضي السَّنة وإنما تدخل بالاختيار وبعد ما اختار، فهي علىٰ ملك صاحبها، والحُكْمُ فيه كالحكم فيما قبل [مضي السنة](٤).

وإن قلنا تدخل في ملكه بمضي السنة، أو لا تدخل، وإنما تدخل بالاختيار، وكان قد اختار، فإن كان قد تصرف فيها وأتلفها كان عليه لصاحبها بدلُها إما قيمتها أو مثلها إن كان له مثل، وإن كان لم يتصرَّف فيها بعدُ، فصاحبها أحقُّ بها بدليل قول النبي ﷺ: **«فإن جاء صاحِبُها فهو أحقُّ بها»**(٥).

ثم يُنْظَرُ، فإن كانت بحالها لم تزد ولم تنقص أخذها، وإن كانت قد زادت زيادةً غيرَ متميزة أخذها بزيادتها، وإن كانت متميزةً، فإن الزيادة للملتقِطِ؛ لأنها انفصلتْ واللقطةُ ملكٌ له بما تقدم من اختياره.

وإن كانت قد نقصتْ فإنه يسترجِعُها ويرجعُ عليه بأرش النقصان؛ لأنها

(١) يعني قبل مضي السَّنة.
(٢) في (ص): «كان»، وليس في (ق).
(٣) في (ق): «لا بتفريط».
(٤) ليس في (ق).
(٥) أخرجه أحمد (٦٧٤٦)، والبخاري (٩١) ومسلم (١٧٢٢).

لو تلفت لكان عليه بدلُها، فإذا تلف بعضُها كان عليه بدلُ ذلك البعض.

ومِن أصحابِنا مَن قال: هو بالخيار بين أن يأخذها ويطالبه بأرش النقصان وبين أن يدعها ويطالبه بجميع بدلها، وهذا غلطٌ؛ لأن النبيَّ ﷺ جعله أحقَّ بها بكل حال، ولأن النقصان قد وقف وتعين أرشه، فلا معنىٰ لذلك التخيير، والله أعلم[1].

• فَصْلٌ •

إذا تملك الملتقِطُ اللقطةَ بعد تعريفها وأتلفها، ثم جاء صاحِبُها، فله عليه بدلُها من قيمتها أو مِثْلها.

وقال داود بن علي: لا يلزمه بدلُها، واحتجَّ بقول النبي ﷺ: «**فإن جاء صاحِبُها، وإلا فشأنك بها**»، وقوله: «**وإلا فهي لك**»[2] فأطلق رأيه فيها ولم يشرُطْ عوضًا عنها، ولو كان العوضُ واجبًا لذكره، ولأن الأصل براءة ذمة الملتقِطِ، فمن ادعىٰ اشتغالها بعوضِ اللقطة فعليه الدليل.

ودليلُنا ما روىٰ أبو داود في حديث زيد بن خالد رضي الله عنه أن النبيَّ ﷺ قال: «**فإن جاء صاحبها فأدِّها إليه، وإلا فاعْرِفْ عفاصها ووكاءها، ثم كُلها فإن جاء صاحبها فأدها إليه**»[3] فأمره بالأداء إذا جاء صاحبُها بعد الأكل؛ ولأنه مالُ مَن له حُرمة، فإذا أتلفه من غير إذنه، كان من أهل الضمان، الدليلُ عليه إذا اضطر إلىٰ طعام غيره فأكله، ولا يدخل عليه طعامُ الحربي يتلفه المسلم؛ لأنه مالُ مَن لا حُرمة له، ولا مالُ المسلم يتلفه الحربي؛ لأن الحربيَّ ليس من أهل الضمان؛ لأنه لم يلتزم أحكام الإسلام.

---

(١) الأوسط (١١/ ٤٠٣).

(٢) أخرجه أحمد (٦٧٤٦)، والبخاري (٩١) ومسلم (١٧٢٢).

(٣) سنن أبي داود (١٧٠٦).

فإن قيل: المعنىٰ في الأصل أنه جوَّز إتلافه لأجل الحاجة، فلهذا لزمه الضمان، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأنه جوَّز له الإتلاف من غير حاجة، فلم يلزمه الضمان.

قلنا: هذا بالعكس أولىٰ؛ لأنه إذا جُوِّز له إتلافه لأجل الحاجة، ويلزمه الضمان، فإتلافه من غير حاجة إليه أولىٰ أن يلزمه الضمان.

فأما الجوابُ عن استدلالهم من الخبر، فهو أنَّا نقابله بمثله، فنقول: لو كان الضمانُ يسقط لتبين أنه غير واجب، فلما لم يتبين ذلك دل علىٰ أنه واجب.

فإن قيل: إنما يحتاج أن يبين ما يلزمه في الحال، فأما ما لا يلزمه فلا يحتاج أن يبينه؛ لأن الذي لا يلزمُه أكثر من أن يأتي عليه البيانُ، والذي يلزمه يأتي عليه البيان.

قلنا: والبدلُ لا يلزمه في الحال، وإنما يلزمه إذا جاء صاحبُها، فيجوز أن يؤخر البيان إلىٰ وقت وجوب أداء البدل، وهو عند مجيءِ صاحِبِ المال، وقد بيَّن ذلك في حديث زيد بن خالد رضي الله عنه.

وأما الجوابُ عن استصحاب الحال، فهو أنَّا قد بيَّنا الدليل علىٰ ذلك، ثم إنَّا نقابلهم بمثله، فنقول: الأصلُ أنه ليس له إتلافه بغير بدل، فمن ادعىٰ أن له بغير بدل [فعليه الدليل.

فإن قالوا: قد انتقلنا عن دليلِ الأصلِ؛ لأنَّا قد أجمعنا علىٰ][1] جواز الإتلاف المجرد، فأما جواز الإتلَاف بلاَ عوض فما أجمعنا عليه، وأنتم تدَّعون الإتلاف بلا عوض، والأصلُ أنه ليس له ذلك إلا بعوض.

---

(١) ليس في (ص).

فرع

إذا رأى رجلان لقطة، فأخذها أحدُهما، كانت للآخِذِ دون صاحبه؛ لأن الاعتبار بالتناول دون الرؤية، ألا ترىٰ أنهما إذا رأيا صيدًا فصاده أحدُهما كان له؛ لأنه انفرد بأخذه، فكذلك هاهنا، فإن أخذاها معًا كانت بينهما؛ لأن السبب قد وُجِد منهما كما لو اصطادا معًا، فإن أخذها أحدُهما وسقطت منه فوجدها الآخر، كان الأول أحقَّ بها من الثاني لأن يد الأول أسبق، والله أعلم.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال الشافعِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَسَوَاءٌ قَلِيلُ اللُّقَطَةِ وَكَثِيرُهَا)[١].

وهذا كما قال.. قال أبو علي رَحِمَهُ ٱللَّهُ في «الإفصاح»: أراد الشافعيُّ بالقليلِ القدرَ الذي تطلبه نفسه، وتتبعه همته، فأما القدر الذي لا تطلبه النفس في العادة ولا تتبعه الهمة فلا يجبُ تعريفُه، وله الانتفاعُ به في الحال إذا التقطه[٢].

والأصلُ فيه ما روي أن النبيَّ ﷺ رأىٰ تمرةً ملقاةً فقال: «**لولا أني أخشى أن تكون من تمر الصدقة لأكلتها**»[٣]، وروي أن عمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ رأىٰ جرابًا فيه سويق تطأه الإبل، فأخذه، فعرَّفه، فلم يعرفه أحد، فأمر بقدح فشرب منه، وسقىٰ أصحابه، وقال: هذا خير من أن تطأه الإبل[٤]، وروي أن عليًّا رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ رأىٰ حَبَّ رمان فأكله[٥]، وروي أن عائشة رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهَا قالت: لا بأس بما دون الدرهم أن يستنفع به[٦]، وعن جابر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ قال: رخَّص لنا رسولُ الله ﷺ في

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٥).

(٢) الأوسط (١١/ ٣٧٨- ٣٨٥).

(٣) أخرجه البخاري (٢٠٥٥)، ومسلم (١٠٧١).

(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٨٦٣٩).

(٥) أخرجه عبد الرزاق (١٨٦٤٣).

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٢٠٧١).

العصا والسوط، والحبل وأشباهه يلتقطه الرجلُ يستنفع به[١] فدلت هذه الأخبارُ أن القدر الذي لا تطلبه النفسُ في العادة، يجوزُ الانتفاع به في الحال، وقدَّر بعضُ أصحابنا ذلك بدينار فما دونه، واحتج بحديث يروىٰ عن علي ابن أبي طالب رضي الله عنه أنه وجد دينارًا في عهد رسول الله ﷺ، وقد أصابته ضيقة، فرهنه من قصَّاب علىٰ درهم، فأخذ به لحمًا، ولم يعرفه، ثم جاء رجلٌ ينشده، فأمر رسول الله ﷺ عليًّا أن يمضي إلىٰ القصَّاب، ويقول له: قال لك رسول الله ﷺ: **«ادفعِ الدينارَ إلى هذا، وعليَّ ضمانُ الدرهم»**[٢].

قال القاضي رحمه الله: ويحتمل أن يكون عليٌّ رضي الله عنه لم يعرِّفه لاضطراره إليه، والمضطر يجوز له الانتفاع بمال الغير من غير إذنه[٣].

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال رحمه الله: (فَإِنْ كَانَ مُولًّى عَلَيْهِ لِسَفَهٍ أَوْ صِغَرٍ[٤] ضَمَّهَا الْقَاضِي إِلَى وَلِيِّهِ، وَلِيِّهِ، وَفَعَلَ فِيهَا مَا يَفْعَلُ الْمُلْتَقِطُ)[٥].

وهذا كما قال.. إذا وجد الصبيُّ أو المجنونُ لقطة وأخذها ثبتت يدُه عليها، والدليلُ علىٰ ذلك قولُ النبي ﷺ: **«من وجد لقطة فليشهد عليها ذا عدل، أو ذوي عدل»**[٦]، وقال: **«ما كان منها في الطريق المِيتاء، والقرية**

---

(١) أخرجه أبو داود (١٧١٧).

(٢) أخرجه أبو دود (١٧١٦).

(٣) نقله ابن الرفعة في كفاية النبيه (١١/ ٤٣٠ - ٤٣١) عن المصنف، وتعقبه بأنه لم يقف علىٰ صدر الحديث، فإن فيه أن الرهن وقع بعد أن حصل له دقيق، وذلك ينفي الاضطرار.

(٤) في (ق): «لصغر أو سفه».

(٥) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٥).

(٦) أخرجه أحمد (١٨٣٤٣)، والنسائي (٥٧٧٦).

الجامعة، فعرِّفْه سنة»[١] ولم يفرِّق بين الصغير والكبير، فهو علىٰ عمومه.

ولأن الالتقاط سببٌ من أسباب التملك، لا يفتقر إلىٰ النطق، فصح من الصبي والمجنون، كالاحتطاب، والاحتشاش، والاصطياد.

إذا ثبت أن يده تثبت عليها، فإن تلفت في يده من غير تفريط، فلا ضمان عليه، وإن تلفت بتفريط منه لزمه الضمان في ماله، وإذا رآها الولي في يده لزمه أخذها منه، وإن لم يأخذها صار ضامنًا لها، وإذا أخذها من يده ناب عنه في تعريفها؛ لأن التعريفَ لا يصحُّ من الصبي والمجنون؛ لأنه لا يُقبل قولهما، ولا يوثق به، ويكونُ الحُكْمُ في ذلك علىٰ ما ذكرنا في البالغ العاقل، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (فَإِنْ كَانَ عَبْدًا أُمِرَ بِضَمِّهَا إِلَى سَيِّدِهِ)[٢].

وهذا كما قال.. الكلامُ هاهنا في العبد هل يصح التقاطه أم لا؟ فيه قولان؛ **أحدهما**: ما نقله المزني رَحِمَهُ ٱللَّهُ وهو أنه لا يصح التقاطه، واختار المزني رَحِمَهُ ٱللَّهُ ذلك، **والثاني**: ذكره الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ فيما وضعه بخطه، وهو أن للعبد أن يلتقط ويصح التقاطه.

فإذا قلنا: يصح التقاطُه، فوجهُهُ قولُ النبي ﷺ: **«ما كان منها في الطريق الميتاء والقرية الجامعة فعرفها سنة ولم يفرق»**[٣]، وقوله: **«من وجد لقطة فليشهِدْ عليها ذا عدلٍ أو ذوَي عدل»**[٤]؛ ولأنه سببٌ للتملك يصح من الصبي

(١) أخرجه أبو داود (٢٤٩٤)، والترمذي (١٢٨٩)، والنسائي (٤٩٥٦).
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٥).
(٣) أخرجه أبو داود (٢٤٩٤)، والترمذي (١٢٨٩)، والنسائي (٤٩٥٦).
(٤) أخرجه أحمد (١٨٣٤٣)، والنسائي (٥٧٧٦).

الصبي والمجنون، فصح من العبد كالاحتطاب والاحتشاش؛ ولأن كلَّ مَن صح احتطابه واحتشاشه صحت لقطته كالحر.

وإذا قلنا بالقول الآخر، فوجهُهُ قوله ﷺ: «**عرفها سنة، فإن جاء صاحبها فادفعها إليه، وإن لم يأتِ فهي لك**»(١) والعبدُ لا يصح أن يملك، ولا يصح منه التعريف، فدل علىٰ أن الخبر يتناول الأحرار دون العبيد؛ ولأن الالتقاط أمانة وولاية، والعبدُ ليس من أهل الأمانات والولايات، فلم يصح التقاطه؛ ولأن الالتقاط إنما جُعِل طلبًا لحظِّ صاحب اللقطة حتىٰ يحفظ عليه، أو يُستملك عنه ببدل ما يحصل له إذا جاء، والعبد لا مال له ولا ذمة يُستوفىٰ منها البدل، فكان الحظُّ لصاحب ذلك المال في ترك اللقطة؛ لأن في أخذ العبد لها تضييعًا(٢) فلم يصح التقاطه، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

قد ذكرنا القولين، ونحن نفرع عليهما، فإذا قلنا: يجوز للعبد أن يلتقط، فإذا التقط صح التقاطه، وتكون أمانة في يده كما تكون في يد الحر، ثم لا تخلو من أحد أمرين: إما أن تتلف، أو تبقىٰ.

فإن تلفت في يده، فإن كان بغير تفريط منه فلا ضمان عليه، وإن تلفت بتفريط منه، كان عليه الضمان، وتعلق برقبته؛ ولأنه أتلف مال غيره بتعدٍّ منه، فهو كما لو غصب من رجل مالًا فأتلفه.

وإن كانت باقية في يده، نُظِر: فإن عرَّفها صحَّ تعريفه؛ لأن كل من [صحَّ التقاطُه](٣) صحَّ تعريفُه إذا كان له قولٌ صحيح.

---

(١) أخرجه أحمد (٦٧٤٦)، والبخاري (٩١) ومسلم (١٧٢٢).

(٢) زيادة ضرورية.

(٣) زيادة ضرورية.

فإذا عرفها سنة، ولم يجئ صاحبها لم يكن له أن يتملكها بعد ذلك؛ لأن العبد لا يملك علىٰ قوله الجديد، وعلىٰ قوله القديم يملك إذا ملَّكه السيد، وهاهنا ما ملَّكه السيد، فلم يملك علىٰ القولين معًا.

فإن قصد تملكها واختار التملُّك علىٰ ما ذكرنا من كيفية الاختيار، كان ذلك بمنزلة القرض، والعبدُ إذا اقترض بغير إذن السيد كان القرضُ فاسدًا، فإذا تلف المالُ في يده تعلق الضمان بذمته يُتبع به إذا أعتق.

هذا إذا لم يعلم سيده بذلك، (فأما إذا)[1] علم بذلك فإن انتزعه من يده كان له ذلك؛ لأنه يجري مجرىٰ كسْبِه، وله أن ينتزع كسْبَه من يده، فكذلك هاهنا.

فإن أراد أن يحفظها علىٰ صاحبها، كان له ذلك، وإن أراد أن يملكها بناء علىٰ ما كان من العبد فإن كان العبدُ قد عرَّفها بعضَ السنة، عرَّفها تمامها، ويملكها بعد ذلك.

وإن أقرها في يده ولم ينتزعها منه؛ نُظِر:

فإن كان العبدُ ثقةً فلا ضمان عليه، ويكونُ الحكم علىٰ ما ذكرنا في الانتزاع، لأنه إذا أقرها في يده بعد العلم صار مستعينًا بعبده علىٰ حفظ اللقطة وتعريفها كما يستعين به في حفظ ماله.

وإن لم يكن ثقة كان السيدُ مفرِّطًا بإقراره إياها في يده، فلزمه الضمان كما لو أخذها منه ثم ردها إليه.

وإن لم ينتزعها ولم يقرها، ولكنه علم بها، وأهمل الأمر، فالحُكْمُ فيه مبنيٌّ علىٰ القولين في التفريع علىٰ القول الثاني يجيء فيه وجهان؛ أحدهما: يضمنها، والثاني: لا يضمنها.

---

(١) في (ق): «فإذا».

(فأما إذا)[١] قلنا: إنه لا يجوزُ للعبد الالتقاط، فإذا التقط وتلفت اللقطةُ في يده لزمه الضمانُ في رقبته؛ لأنه متعدٍّ بأخذها، فهو كما لو غصب مال غيره، ولا فرق بين أن تتلف بتفريط أو غير تفريط.

وإن كانت باقية، فإن كان قد عرفها لم يصح تعريفه إياها، وإذا علم السيد بها لم يخلُ من أحد ثلاثة أحوال: إما أن ينتزعها من يده، أو يقرها فيها، أو يهمل الأمر.

فإن انتزعها من يده زال الضمان علىٰ العبد الذي كان لزمه بتعدِّيه بالتقاطها.

فإن قيل: فقد قلتم إنه إذا غصب العبدُ شيئًا ثم أخذه السيد منه، لم يزل عنه الضمان الذي لزمه بتعدِّيه بالغصب، فما الفرقُ بينهما؟

فالجوابُ: أن الفرق بينهما أن السيد في مسألتنا مأذونٌ له في القبض، وهو نائب عن صاحب اللقطة في حفظها عليه، وأما في الغصب فليس بمأذون له في القبض، وإنما هو نائب عن صاحب المال المغصوب في حفظه، فلهذا لم يزل الضمان عنه بقبضه.

إذا ثبت أن الضمان يزول عن العبد فإن الحكم فيها كما لو التقطها السيد، ولا يكونُ لما فعله العبدُ من التعريف حُكْم، فإن أراد أن يعرِّفها عرَّفها، وإن أراد أن يحفظها عليه، حفظها عليه.

(وأما إذا)[٢] لم ينتزعها، ولكنه أقرها في يده، فإنه يضمنها أيضًا في ذمته، ويصير كأنه قبضها منه ثم ردها إليه.

وأما إذا أهمل الأمرَ، فلم ينتزعها، ولم يقرها، فهل يضمنها أم لا؟ فيه

---

(١) في (ق): «فإذا».

(٢) في (ق): «وإذا».

قولان؛ نقل المزني أنه لا يضمنها، وقال فيما وضعه بخطه ولم يسمع منه[١] أنه يضمنها.

فإن قيل: لا يضمنها، فوجهه: أن الضمان إنما يثبت بأحد ثلاثة أشياء؛ إما مباشرة الإتلاف، أو بسبب يؤدي إلىٰ الإتلاف؛ مثل: حفر البئر، أو باليد، والسيد في هذه المسألة ما أتلف اللقطةَ، ولا وجد منه سبب أدىٰ إلىٰ إتلافها، ولا وُجد ثبوتُ يده عليها، فلم يلزمه ضمانها، ولأن أكثر ما فيه أنه قدر علىٰ تخليصه من يده، فلم يفعل، وبذلك لم يضمن[٢] المال، كما لو رأىٰ مال غيره فلم يخلِّصه، وتركه حتىٰ تلف مع قدرته علىٰ تخليصه، فإنه لا يضمنه؛ ولأنه إذا رأىٰ عبده يغصبُ مالًا وقدر علىٰ منعه منه فلم يفعل حتىٰ تلف المال؛ لم يضمنه، فكذلك هذا.

وإذا قلنا إنه يضمنه، فوجهُهُ أنه إذا قدر علىٰ انتزاع المال من يد العبد ولم يفعل؛ ذلك صار كما لو أقره في يده، وإذا أقره في يده لزمه الضمان، فكذلك إذا أهمل الأمر، ومن نصر هذا القول، لا يُسَلِّم أنه إذا قدر علىٰ انتزاع الغصب من يده فلم يفعل أنه لا يضمنه.

فإن قيل: فقد قلتم إنه إذا قدر علىٰ انتزاع مال الغير من يد حُرٍّ يتلفه فلم يفعل أنه لا ضمان عليه قولًا واحدًا.. قلنا: لأنه لا يَدَ له علىٰ الحر، وله يدٌ علىٰ العبد، وفرقٌ بين الأمرين؛ لأن بهيمته إذا كانت في يده فأتلفت مالًا لزمه ضمانه، ولو انفلتت فخرجت من يده وأتلفت مالًا لم يضمنه، وكان الفرقُ بين الحالين ما ذكرنا.

إذا تقرر القولان، وقلنا لا يلزمه الضمان، فإن الضمان يتعلَّقُ برقبة العبد،

---

(١) يعني عن الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

(٢) في (ص): «لا يقبض».

فإذا مات سقط الضمان، وإن قلنا يلزمه الضمان، تعلَّق الضمانُ بمحلين برقبة العبد وذمة سيده، فإن فلس، قُدِّم صاحب اللقطة علىٰ الغرماء؛ لأن حقَّه يتعلق برقبة العبد، وإن مات العبد لم يسقط الضمان، ولزم السيد في سائر أمواله، وهذا فائدة القولين.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (فَإِنْ كَانَ حُرًّا غَيْرَ مَأْمُونٍ فِي دِينِهِ، فَفِيهَا قَوْلَانِ)[١].

وهذا كما قال.. الحُرُّ الذي ليس بأمينٍ يُكره له الالتقاط، فإن التقط صح التقاطُه، وإذا وقف الحاكم علىٰ ذلك، فهل ينتزعها من يده أم لا؟ فيه قولان؛ أحدهما: لا ينتزعها من يده لما روي أن النبيَّ ﷺ سئل عن اللقطة، فقال: «**اعرفْ عفاصَهَا ووِكاءَها ثم عرِّفها حوْلًا**»[٢] ولم يفرِّق؛ ولأن الالتقاط سببٌ للتكسب، فهو كالاحتطاب والاحتشاش، لما كان له أن يحتش ويحتطب من غير اعتراض من الحاكم عليه، فكذلك هذا، ولأنه لما ساوىٰ الأمينَ بعد السنة في التملك، فكذلك قبل مضي السنة، ولما لم ينتزع من الأمين فكذلك من غير الأمين.

وإذا قلنا بالقول الآخر، فوجهُهُ أن اللقطة أمانةٌ وولايةٌ في السنة الأولىٰ علىٰ مال من لم يأتمنه، وغير الأمين ليس من أهل الولاية والأمانة.

قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[٣]: ولأن صاحب اللقطة لم يرض به، ومعنىٰ هذا أن التقاطَ اللقطة أمانة، وهذا ليس من أهل الأمانة، فإذا علم الحاكمُ ذلك وجب أن ينتزعها من يده؛ لأن عليه حفظ ذلك المال.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٥).

(٢) أخرجه أحمد (٦٧٤٦)، والبخاري (٩١) ومسلم (١٧٢٢).

(٣) الأم (٤/ ١٣٨).

فأما الجوابُ عن الخبر، فهو أنه عام فنخصه.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على الاحتشاش والاحتطاب، فهو أن المعنىٰ في ذلك أنه كسبٌ مجردٌ ليس فيه أمانة، فلم يكن للحاكم اعتراض عليه فيه، وكذلك بعد التعريف تصيرُ اللقطة كسبًا مجردًا، وفي السنة الأولىٰ هي أمانة وولاية، وهذا الملتقط ليس من أهل الولاية والأمانة.

إذا ثبت هذا، فإن قلنا ينتزعها من يده، فإنه يضعها في يد من يصلُح أن يكون مال الأيتام في يده، وإذا قلنا لا ينتزعها، فإنه يتركها في يده، وعلىٰ القولين جميعًا إذا أراد الملتقطُ أن يتملكها فهل يقتصر علىٰ تعريفه، أو يضيف إليه أمينًا في التعريف - وهو الأصح - والثاني: لا يقتصر علىٰ تعريفه؛ لأنه هو الذي يريد أن يتملكها، فكان التعريف إليه ومؤونة التعريف عليه علىٰ القولين معًا، والله أعلم.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ **قال الشافِعِيُّ رضي الله عنه: (الْمُكَاتَبُ فِي اللُّقَطَةِ كَالْحُرِّ؛ لِأَنَّ مَالَهُ يَسْلَمُ لَهُ)**[١].

وهذا كما قال.. ذكر الشافعيُّ رحمه الله فيما نقله المزني أن المكاتب في اللقطة كالحر، وقال في موضع آخر: إنه كالعبد[٢]، واختلف أصْحابُنا في ذلك علىٰ طريقين؛ فمنهُم مَن قال إنه كالحر، قولًا واحدًا، والذي قال إنه كالعبد إنما أراد به إذا كانت الكتابة فاسدة، فيكون علىٰ حكم الرق كما كان، وأما إذا كانت الكتابة صحيحة فهو كالحر قولًا واحدًا، ووجهه: أنه يملكُ كسبه كما يملك الحرُّ كسبه، فإذا التقطها وعرَّفها، فإن جاء صاحبُها وهي بعينها ردها إليه، وإن كان تصرف فيها وأتلفها لزمه بدلها، ويؤخذ من ماله الذي في يده

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٥).
(٢) الأم (٤/ ٧٠- ٧١).

كما يؤخذ من مال الحر، ويفارقُ العبدَ لأنه لا يملك كسبه، فإذا تلفت اللقطةُ التي التقطها وثبت له البدلُ لم يتوصل من جهته في الحال؛ لأنه لا يملك كسبه وإنما يثبت له أن يطالبه به إذا أعتق.

ومِن أصحابِنا مَن قال المسألة علىٰ قولين كما قلنا في العبد؛ لأن اللقطة طريقها الولاية، والمكاتبُ منقوصٌ بالرق، فلا يكون من أهل الولاية.

إذا تقرر هذا، فإن قلنا إنه كالحر فإنه يصح التقاطه، ويعرِّفها، ويملكها بعد التعريف إن اختار ذلك علىٰ ما ذكرناه في الحر، وإن قلنا إنه كالعبد، فإن قلنا إن للعبد أن يلتقط، فإنه يعرِّفها ويتملَّكها بعد التعريف؛ لأنه يملك اكتسابه، ويفارق العبد في هذا؛ لأن العبدَ لا يملك كسبه.

وإن قلنا إنه ليس للعبد أن يلتقط، فليس للمكاتب أن يلتقط أيضًا، وإن فعل ذلك لزمه الضمان، ولا يزولُ عنه بتسليمها إلىٰ سيده؛ لأن لا يدَ له علىٰ شيء من أكسابه، وليس له أن يأخذها منه كما ليس له أن يأخذ شيئًا من أكسابه، ويفارق العبد حيث قلنا له أن يأخذها منه، وإن أخذها زال الضمان؛ لأن كسبه له، وله يدٌ علىٰ ما في يدِ العبد، ويسلمها المكاتب علىٰ هذا إلىٰ الحاكم، وإن أخذها الحاكمُ برئ هو، ويحفظها الحاكمُ علىٰ صاحبها ولا يعرفها.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالْعَبْدُ نِصْفُهُ حُرٌّ وَنِصْفُهُ عَبْدٌ، فَإِنْ الْتَقَطَ فِي الْيَوْمِ الَّذِي يَكُونُ فِيهِ مُخَلًّى لِنَفْسِهِ أُقِرَّتْ فِي يَدِهِ، وَكَانَتْ بَعْدَ السَّنَةِ لَهُ كَمَا لَوْ كَسَبَ فِيهِ مَالًا كَانَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ فِي الْيَوْمِ الَّذِي لِسَيِّدِهِ أَخَذَهَا مِنْهُ؛ لِأَنَّ كَسْبَهُ فِيهِ لِسَيِّدِهِ)[1].

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٦).

وهذا كما قال.. الذي نصفه حُرٌّ، ونصفه عبدٌ مملوكٌ، هل يجوز التقاطُه أم لا؟ اختلف أصْحابُنا فيه علىٰ طريقين، كما ذكرنا في المكاتب، فمنهُم مَن قال يجوز قولًا واحدًا؛ لأنه يملك بنصفه الحر حقَّه من الكسب كما يملك الحُرُّ، ومنهُم مَن قال علىٰ قولين لما فيه من الرق.

فإن قلنا يصح التقاطه، فإذا التقط لقطة نُظِر، فإن لم يكن بينه وبين سيده مهايأة، يعرِّفانِها حَوْلًا، ويملكانها كسائر الأكساب.

وإن كانت بينهما مهايأة، فهل تدخل الأكسابُ النادرةُ مثل اللقطة والوصية والهبة في المهايأة [أم لا؟][1] علىٰ قولين؛ **أحدهما**: تدخل؛ لأنه نوع كسب، **والثاني**: لا تدخل؛ لأن المهايأة معاوضة؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما يأخذ نصف الكسب في أحد اليومين ونصفَ الكسب في اليوم الآخر، وإنما تصحُّ المعاوضة فيما يقدر علىٰ تسليمه، ويكون معلومًا، والأكسابُ النادرةُ تتفق في وقت، ولا يُقدر عليها في كلِّ وقت، وليست معلومة.

فإذا قلنا لا تدخل في المهايأة كانت بينهما، كما لو لم تكن بينهما مهايأة، وإذا قلنا تدخل في المهايأة، فإن وجدها في يوم سيده كانت لسيده يعرِّفها سنة ويملكها بعد ذلك، وإن كان في يومه كانت له يختص بها، ويعرِّفها سنة فيملكها بعدها.

• فَصْلٌ •

فأما المدبَّر والمدبَّرة، والمعتقُ بصفة فحكمُهم حكمُ العبدِ القِنِّ في الالتقاط[2]؛ لأنهم مماليك [في الحال][3]

---

(١) ليس في (ق).

(٢) الأم (٤/ ٧١).

(٣) ليس في (ق).

وأما أمُّ الولد فحُكْمها حُكْم الأمة في الالتقاط، إلا أنهما يفترقان من وجه؛ وهو أن الموضع الذي قلنا إن الغرامة تتعلَّق برقبة العبد، فإنها تتعلق بذمة السيد في جنبة أم الولد؛ لأن أرْش جنايتها يتعلَّق بذمته دون رقبتها؛ لأنها لا تباع، وأرشُ جناية العبد يتعلَّق برقبته لأنه يباع[1].. قال أبو إسحاق: ذكر الشافعي في «الأم»[2] أن الضمان يتعلق بذمتها، فقال أبو إسحاق: أخاف أن يكون هذا من غلط الكاتب؛ لأن الضمان يتعلق بذمة السيد دون ذمتها، فيجوز أن يكون ذلك زلة القلم.

ومِن أصحابِنا مَن تأول كلامه في «الأم» بأنه أراد به إذا التقطت أم الولد لسيدها دون نفسها؛ لأنها إذا التقطت له جاز ذلك؛ لأنها تكسب لسيدها فلم يكن التقاطها عدوانًا، فإذا قال هذا القائل: وكذلك العبد إذا التقطها لسيده، فيكون الحكم فيه كما ذكرنا فيها.

• فَصْلٌ •

إذا التقط عبدًا نُظِر، فإن كان صغيرًا غيرَ مميز صحَّ التقاطه، وله أن يحفظه على سيده، وله أن يعرِّفه سنة ويتملَّكه بعد ذلك، فإن عرَّفه سنة ثم تملَّكه وباعه ثم حضر صاحبه؛ كان له المطالبة ببدله، فإن ادعىٰ صاحبه أنه كان أعتقه وأنه حر؛ لم يُقبل منه ذلك؛ لأنه يقر في ملك غيره، ولا يرد البيع بذلك، وهذا كما لو باع عبدًا ثم أقر بعد ذلك أنه كان أعتقه، فإنه لا يقبل منه.

ومِن أصحابِنا مَن قال فيه قول آخر، أنه يقبل إقراره بالعتق، كما قلنا في الرجل يرهن عبده ثم يقر عليه بجناية قبل الرهن، فإن فيه قولين؛ **أحدهما:** يقبل إقراره بذلك، **والثاني:** لا يقبل.

---

(١) في (ص): «لا يباع»، وهو غلط.
(٢) الأم (٤/ ١٣٨).

والذي يدلُّ عليه أنه غير متهم في إقراره بعتقه؛ لأنه يسقط به حقه من عينه ومن بدله، ويفارق إذا باعه ثم أقر أنه كان أعتقه؛ لأنه باشر العقد في ذلك الموضع، وهو مكذب نفسه فلم يُقبل بعد ذلك ما يدعيه، وليس كذلك صاحب اللقطة؛ لأنه ما باشر العقدَ فما كذَّب نفسه، فلهذا قُبِل إقراره.

والأول هو الصحيح، وأنه لا يُقبل إقراره قولًا واحدًا كما قلنا فيه إذا باعه ثم أقر بعتقه، ويفارق الرهن؛ لأنه ملك له حتىٰ يقر، فتعلق الأرش به، وفي مسألتنا يقر بما ليس بملك له، فلم يُقبل إقراره، ويبطل ما ذكره من مباشرة العقد بمسألة الرهن؛ لأنه باشر العقد بنفسه، ومع هذا فإنه يُقبل إقراره بعد مباشرة العقد.

فأما إذا كان العبد كبيرًا، أو صغيرًا مميزًا، لم يصح التقاطه؛ لأنه يحفظُ نفسه، ويحسنُ أن يرجع إلىٰ سيده فيكون بمنزلة الإبل والحيوان الذي يحفظ نفسه بقوته وسرعته.

فإن التقطه ملتقطٌ علىٰ أن يحفظه علىٰ صاحبه لا للتعريف والتملك؛ كان له ذلك، وينفق عليه من كسبه، وإن لم يكن له كسبٌ رَفَعَ أمره إلىٰ الحاكم، وإن أذن له في بيعه فإذا باعه حفظ الحاكمُ علىٰ صاحبه ثمنه، ولا يبيع شيئًا منه[1] للنفقة عليه؛ لأن ذلك يأتي علىٰ جميعه، فالاحتياطُ في بيع جميعه دفعة واحدة.

• فَصْلٌ •

اختلف أصْحابُنا في لقطة الحرم[2]، فمنهُم مَن قال: حُكْمُها حُكْم لقطة الحِلِّ، وهو مذهبُ أبي حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ، ومنهُم مَن قال: لا يجوزُ التقاطُها

(١) في (ق): «منه شيئًا».
(٢) الأوسط (١١/ ٤٠٤-٤٠٨) ذكر لقطة مكة.

للتملك، وإنما يجوزُ حفظُها علىٰ صاحبها، ويعرِّفها أبدًا.

فإذا قلنا بالأول فوجهُهُ حديث زيد بن خالد رضي الله عنه وفيه أن النبيَّ ﷺ قال: «**اعرِفْ عِفَاصَهَا ووِكاءَهَا ثم عرِّفْها حوْلًا، فإنْ جاء صاحِبُها وإلَّا فشأْنُك بها**»[1] ولم يفرِّق بين الحِلِّ والحرم، ولأنه نوعُ كسبٍ فاستوىٰ فيه الحِلُّ والحرم، قياسًا علىٰ سائر أنواع الكسب.

وإذا قلنا لا يجوز التقاطها للتملك، فوجهُهُ ما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**مكةُ لا تحلُّ لأحدٍ قبْلي، ولا تحِلُّ لأحدٍ بعْدِي، وإنَّما أُحلَّت لي ساعةً مِن نهارٍ، ثم هِي حرامٌ إلى يومِ القِيامةِ، لا يُنفَّر صيدُها، ولا يُعضدُ شجرُها، ولا تحِلُّ لقطتُها إلا لمُنشد**»[2] والمنشدُ المعرِّف، يقال: أنشد الضالة إذا عرفها، ونشدها إذا طلبها، وروي أن النبيَّ ﷺ نهىٰ عن لقطة الحاج[3].

ومن جهةِ المعنىٰ أن الناس لا يواصلون المجيء إلىٰ مكة، فأمر بتعريف ما يوجد في الحرم زيادة علىٰ السنة، رجاء أن يعود صاحبه فيعرفه، وأما حديثُ زيد رضي الله عنه فهو متقدِّم، وكان بالمدينة، وهذا الحديثُ متأخر، قاله النبي ﷺ بمكة فهو يقضي عليه أبدًا، وأما القياسُ علىٰ سائر الأكساب، فيبطل بالاصطياد؛ لأنه نوع كسب لا يجوز في الحرم، والله أعلم.

◆ مَسْألةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رضي الله عنه: (وَيَكْفِي الْمُلْتَقِطَ إذَا عَرَّفَ الرَّجُلُ الْعِفَاصَ وَالْوِكَاءَ

---

(١) أخرجه أحمد (٦٧٤٦)، والبخاري (٩١) ومسلم (١٧٢٢).

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٣٣).

(٣) أخرجه مسلم (١٧٢٤).

وَالْوَزْنَ وَالْعَدَدَ وَوَقَعَ فِي نَفْسِهِ أَنَّهُ صَادِقٌ أَنْ يُعْطِيَهُ، وَلَا أَجْبُرُهُ عَلَيْهِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُصِيبُ الصِّفَةَ بِأَنْ يَسْمَعَ الْمُلْتَقِطَ يَصِفُهَا)[١].

وهذا كما قال.. إذا وجد لقطة وعرَّفها فجاء رجل، وأعطاه صفاتها، وغلب على ظنه صدقُه جاز له أن يعطيه إياها، وإن امتنع كان له ذلك، ولا يُجبر على التسليم إلا ببينة، وبه قال أبو حنيفة رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

وقال أحمد بن حنبل رَحِمَهُ ٱللَّهُ: يُجْبر على التسليم إليه إذا أعطى صفاتها، وبه قال داود، وهو إحدى الروايتين عن مالكٍ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

واحتج من نصرهم بما روي أن النبيَّ ﷺ سئل عن اللقطة فقال: «**اعرف عِفاصَها ووِكاءَها، ثم عرِّفها حوْلًا، فإذا جاء باغِيها، وإلا فشأنك بها**»[٢] والباغي هو الطالب، وهذا طالبٌ فلزمه التسليم إليه؛ ولأن الملتقط أُمر بمعرفة الصفات، وحفظها ليسلمها إلى من يصفها بصفاتها، فلو لم يجب التسليمُ لم يكن لأمره بضبط الصفات وحفظها فائدة.

وأيضًا، فإنه لا يمكنه إقامة البينة على أنها له، وكلُّ بينة تعذر على المدعي إقامتها لم يكلفها واقتصر منه على ما يمكن، ألا ترى أنه تقبل شهادة النسوة على الولادة والرضاع والعيوب التي تحت الإزار، ولا يكلَّف المدعي في هذه المسائل إلى إقامة شهادة الرجال لتعذرها.

ودليلُنا قوله ﷺ: «**لو أُعطي الناسُ بدعاويهِم لادَّعى قومٌ دماءَ قوم وأموالَهم، ولكنِ البينةُ على المدَّعي، واليمينُ على مَن أنْكَر**»[٣].

والتعلُّق به من وجهين؛ **أحدهما**: أن قوله: «**لو أعطي الناس بدعاويهم**»

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٦).

(٢) أخرجه أحمد (٦٧٤٦)، والبخاري (٩١) ومسلم (١٧٢٢).

(٣) أخرجه البخاري (٢٥١٤).

يقتضي أنه لا يعطىٰ الرجل بدعواه، **والثاني**: أنه قال: «**البينة على المدعي**[(١)]» وهذا مدعٍ فلزمته البينة، ولأنها صفة من المدعي، فلم يستحق بها المدعىٰ، الدليل عليه: إذا وصف المغصوب أو الوديعة التي لا يُعرف لها صاحبٌ معين؛ ولأن هذا الواصف متهم في وصفه لها، لجواز أن يكون قد سمع صفتها من صاحبها فجاء وادعاها، ووصفها علىٰ حسب ما سمع، وإذا كان ذلك ممكنًا، لم يستحق به التسليم؛ ولأن ذلك لو كان حجة تستحق بها اللقطة لوجب إذا حضر جماعة وأعطىٰ كلُّ واحد منهم صفاتها أن تسلم إليهم، فلما أجمعنا علىٰ أنها لا تسلم إليهم دل علىٰ أن الوصف ليس بحجة يستحق بها الموصوف.

فأما الجوابُ عن الخبر، فهو أن نقول: لا بد لكم من الإضمار في الخبر؛ لأنا أجمعنا علىٰ ترك ظاهره إذ كان يقتضي التسليم بمجرد الطلب، فإنكم تضمرون فيه الصفة، فتقولون معناه فإن جاء باغيها بالصفة، ونحن نضمر البينة، فنقول: فإن جاء باغيها بالبينة، وليس أحد الإضمارين بأولىٰ من الآخر، علىٰ أنه قد روي «**فإن جاء صاحبها**»[(٢)] ونحن لا نتحقق بالوصف أنه صاحبها.

وأما الجوابُ عن قولهم إنه أمر بضبط الصفات، وذلك يدل على وجوب التسليم بها، فهو [أنَّا قد][(٣)] بينَّا أن الأمر بضبط الصفات يحتمل معاني ذكرناها فيما مضىٰ، ثم نقول: أمر بذلك حتىٰ إذا غلب علىٰ ظنه صدقه جاز له التسليم، فأنتم تقولون يجب التسليم، ونحن نقول يجوز التسليم، فتساويا في ذلك.

---

(١) في (ق): «البينة علىٰ من أنكر» وهو غلط.

(٢) أخرجه أحمد (٦٧٤٦)، والبخاري (٩١) ومسلم (١٧٢٢).

(٣) ليس في (ق).

وأما الجوابُ عن قولهم إن إقامة البينة على الملك تتعذر، فهو أنه باطل بالمغصوب إذا أعطىٰ صفاته، وبالوديعة التي لا يُعرف صاحبها بعينه، فإنه يتعذر عليه إقامة البينة علىٰ ذلك، ولا يقتصر منه علىٰ الصفات، وكذلك إذا تجارح النساء في الحمام وتقاذفن، وحصلت الدعاوي، لم يسمع فيها إلا الرجال، وشهادة الرجال تتعذر في ذلك.

ثم نقول: ليس إذا تعذر إقامة البينة، وجب أن يسلم بمجرد الدعوىٰ كما قلنا في سائر الدعاوي.

إذا تقرر هذا، فإنه يجوز له التسليمُ ولا يجبُ عليه، فإن سلَّمها إليه، ثم جاء رجلٌ فادعاها وأقام البينة علىٰ ذلك نُظِر، فإن كانت اللقطةُ في يد الواصف باقية أُخذت منه، وسُلمت إليه، وإن كان قد أتلفها كان لصاحبها أن يطالب أيها شاء ببدلها، أما الملتقطُ فلأنه سلم المال بغير استحقاق، وأما الواصفُ فلأنه أخذ مال غيره، ولم يأذن له فيه، فإن رجع علىٰ الواصف لم يرجع علىٰ الملتقط؛ لأنه يقول: إن الملتقط أعطاني مالي، وإنما ظلمني هذا الذي ادعاها وأقام البينة، فلا يجوز له الرجوع بما ظُلِم إلا علىٰ من ظلمه، فإن رجع علىٰ الملتقط فهل يرجع الملتقط علىٰ الواصف أم لا؟ ينظر:

فإن كان قد قال له حين وصفها «إنها لك»، لم يرجع عليه؛ لأنه أقر بأن المال للواصف، وأن هذا قد ظلمه، فلا يرجع بالظلم علىٰ غير من ظلمه.

وإن كان لم يقل ذلك، فله الرجوعُ به عليه؛ لأنه إذا سلَّمها إليه وقال: «غلب علىٰ ظني صدقُ قولك»، ولم يصرح بالملك فما أقر بأن اللقطة له.

وإذا قال «هي لك» فقد أقر له بالملك، ألا ترىٰ أنه إذا قال «هي لك» أُجبر علىٰ التسليم، وإذا قال «غلب علىٰ ظني أنك صادق» لم يجبر علىٰ التسليم، فإذا كان كذلك كان له الرجوع؛ لأنه يقول: «كان قد غلب علىٰ ظني

صدقك وقد بان الأمر بخلاف ذلك».

هذا كلُّه إذا كان بغير حُكم الحاكم، فأما إذا كان قد سلَّمها إلىٰ الواصف بحكم الحاكم مثل أن يكون الواصفُ رفعه إلىٰ من يرىٰ وجوبَ التسليم بالوصف، فإنه يبرأ بذلك التسليم، وتكون الخصومة بين المقيم للبينة وبين الواصف، ويخرج الملتقط من الوسط بحكم الحاكم بينهما، كما يحكم بين المتداعيين في سائر الدعاوي.

وهذا كلُّه إذا كانت اللقطةُ باقيةً في يد الملتقط وسلَّمها إلىٰ الواصف، فأما إذا كانت اللقطة (قد تلفت)[1] في يد الملتقط، وأعطىٰ الواصفُ بدلها، فإن المقيمَ للبينة يرجعُ علىٰ الملتقط، ويفارق إذا سلم اللقطة بعينها؛ لأنه سلم ماله إلىٰ الواصف، وأخرجه من يده، فإذا تلفت في يد الواصف، كان له الرجوع علىٰ أيهما شاء.

وهذا كما لو حضر رجلٌ وادَّعىٰ أن فلانًا وكلَّه في قبض حقِّه الذي في ذمته، فصدَّقه المدَّعىٰ عليه في ذلك، وسلَّم الحق إليه، ثم رجع صاحب الحقِّ، وكذَّب المدعي للوكالة، فإنه يرجع علىٰ من كان الحق عليه بالحق[2] دون المدعي للوكالة.

ولو كان له في يده وديعة، فادعىٰ أنه وكيله في تسليمها، فصدَّقه، وسلَّمها إليه، ثم رجع المودع وأنكر ذلك، كان له الرجوع علىٰ الذي ادعىٰ الوكالة، والفرقُ بينهما ما ذكرنا.

• فَصْلٌ •

الذِّمي هل يجوز له أن يلتقط اللقطة في دار الإسلام أم لا؟ اختلف أصْحابُنا

---

(١) في (ق): «باقية»، وهو غلط.

(٢) في (ق): «بالمدعىٰ»!

فيه: فمنهُم مَن قال: يجوز له ذلك؛ لأن له ذمةً صحيحةً، وله أيضًا ولاية؛ لأنه يلي أمر ابنه الصغير وماله، فهو في معنىٰ الحر المسلم، ومنهُم مَن قال: لا يجوز له ذلك، كما ليس له أن يحيي مواتًا في دار الإسلام، ومنهُم مَن قال: الحكم فيه كالحكم في العبد علىٰ قولين، والله أعلم.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ ﷺ: (وَإِذَا كَانَتْ اللُّقَطَةُ طَعَامًا رَطْبًا لَا يَبْقَى، فَلَهُ أَكْلُهُ إِذَا خَافَ فَسَادَهُ)[١].

وهذا كما قال.. إذا وجد طعامًا رطبًا، مثل الهريسة، والمرقة، واللحم، والفواكه التي لا تجفف، كالخيار، والبطيخ، والعنب الذي لا يتزبب، والرطب الذي لا يتتمَّر، فالتقطه، فقد نصَّ الشافعي رحمه الله علىٰ أنه بالخيار بين أن يأكله، وتكون عليه غرامته، وبين أن يبيعه ويقيم ثمنه مقامه.

وأشار المزني[٢] رحمه الله إلىٰ أن المسألة علىٰ قولين؛ أحدهما: يأكله، والثاني: يبيعه، وليس كذلك، بل المسألة علىٰ ما نص عليه الشافعي رحمه الله، وهو أنه بالخيار بين أن يأكلها، ويغرم بدلها، وبين أن يبيعها، والمستحبُّ أن يبيعها؛ لأنه أشبه باللقطة؛ لأن الثمن يقوم مقام العين.

والدليلُ علىٰ أن له أن يأكلها ما روي أن النبيَّ ﷺ قال في حديث زيد بن خالد ﷺ لما سئل عن ضالة الغنم: «**خُذْها، فإنَّما هي لك، أو لأخيك، أو للذِّئب**»[٣] فلما أذن له في أكلها، وهي محفوظةٌ في نفسها، وإنما يخاف عليها من غيرها، فالتي ليست بمحفوظة في نفسها، أولىٰ أن يجوز له أكلها.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٦).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٦).

(٣) أخرجه أحمد (٦٧٤٦)، والبخاري (٩١) ومسلم (١٧٢٢).

إذا ثبت هذا، فإذا أكلها، لزمه بدلُها؛ لأنه أتلف مال الغير بغير إذنه، فلزمه البدل.

وهل يعزله عن ماله، ويقيمه مقام أصل اللقطة أم لا؟ قال أبو إسحاق: فيه قولان:

أحدهما: يعزله عن ماله، ويقيمه مقام أصل اللقطة، والدليلُ عليه أنه لو باعها عزل عن ماله، فكذلك إذا أكلها، ولأن هذه القيمة هي بدل تلك العين، فينبغي أن يجعل البدل بمنزلة المبدل، وذلك المبدل كان معزولًا عن ماله، فكذلك هذا البدل، ولأن العزل أشبه باللقطة من الاختلاط، فكان أولىٰ.

والقول الثاني: لا يلزمه ذلك، والدليلُ عليه: أن كلَّ حالة يجوز إتلاف اللقطة فيها، لا يجب عزلُ قيمتها فيها، والدليلُ عليه أنه إذا كان بعد التعريف فإنه يتلفها، ولا يجب عليه عزل القيمة، ولكن تكون في ذمته، ولأن ترك العزل أحوط لصاحب اللقطة؛ لأنه إذا عزلها، ربما تلفت من غير تفريط منه، فلا يكون عليه ضمانها، وإذا كانت في ذمته كان ضمانها عليه، فكان أولىٰ.

فإذا قلنا يجب العزل، فإنه يعزلها عن ماله، فإن هلكت من غير تفريط، لم يكن عليه ضمان، وإذا هلكت بتفريط، فعليه الضمان، وإذا عرَّفها فإنما يعرِّف الأصل، ولا يعرِّف القيمة ويتملكها بعد السنة.

وإن قلنا لا يجب العزل، عرَّف أصل اللقطة، ويكون الضمان عليه في ذمته إلىٰ أن يرجع صاحبها، فيطالبه بها.

فأما إن أراد أن يبيعها، فإن كان في الموضع حاكمًا رَفَعَ الأمر إليه حتىٰ يبيعها، أو يأذن له في البيع.

وإن لم يكن فيه حاكم، كان له بيعُها؛ لأنه موضعُ ضرورة، فإذا باعها، وقبض الثمن، أقامه مقام اللقطة، غير أنه يعرِّف اللقطة دون الثمن؛ لأن

الثمن لا يتعرف، فإذا عرفها سنة، كان له أن يتملك الثمن، وإذا رجع صاحبها، لم يكن له أن يفسخ البيع؛ لأنه باع وكان له البيع، فلزم.

وإن كان لم يرفع الأمر إلىٰ الحاكم الذي في موضعه، لكنه باعه بغير إذنه، فالبيع باطلٌ، فإذا رجع صاحب اللقطة، كان له استرجاعها من المشتري، إن كانت باقية، وإن كانت تالفة فله الرجوع علىٰ أيهما شاء، فإن رجع علىٰ الملتقط رجع علىٰ المشتري، وإن رجع علىٰ المشتري لم يرجع علىٰ الملتقط؛ لأن الملتقط كان في يده، ومتىٰ مات الملتقط قام وارثه مقامه، ويكون الحكم فيما يصنعه في أمر اللقطة علىٰ ما ذكرنا من الترتيب في الملتقط حرفًا بحرف.

• فَصْلٌ •

إذا أبَقَ لرجل عبدٌ، وحصل في يدِ حاكِم في بلدٍ آخر، مثل أن يكون صاحب العبد من مكة وحصل العبد في يد حاكم مصرَ في جملة الضوال التي في يده، فأقام صاحبُ العبد بمكة عند حاكمها شاهدين علىٰ أن ذلك العبد الذي حصل في يد حاكم مصر عبده، وكتب حاكم مكة بذلك إلىٰ حاكم مصر، فهل يلزمه تسليم العبد إلىٰ المدعي أم لا؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يلزمه ذلك؛ لأن الشهادة وقعت علىٰ وصف العبد لا علىٰ عينه والأوصاف تتشابه وتتفق مع اختلاف الأعيان، فإذا كان كذلك لم نتيقن أن هذا العبد هو الذي وصف، ووقعت الشهادة به، فعلىٰ هذا يشتريه من حاكِمِ مصر وكيلُ صاحب العبد الذي بمكة؛ لأن الحاكم يجوز له بيعه وحفظ ثمنه إذا كان الحظُّ لصاحبه في ذلك، فإذا حمل العبد إلىٰ مكة سلم إلىٰ صاحبه، فإذا كان الوكيل ما وزن الثمن للحاكم، فقد رجع العبد إلىٰ صاحبه، وتبينا أن عقد البيع باطل، وبرئ الوكيل مما كان قد لزمه في الظاهر، وإن كان قد وزن الثمن

للحاكم، كتب إليه بذلك حتىٰ يرد الثمن علىٰ الوكيل.

والقول الثاني: أن الحاكم يلزمه تسليم العبد، فيختم الحاكمُ رقبته وهو أن يشدها بخيط ويضيقه، حيث لا يمكنه إخراج رأسه منه، ويختم ذلك الخيط، ويسلمه إلىٰ من يدعيه أو إلىٰ وكيله، حتىٰ يحمل إلىٰ مكة ويكون في ضمانه، فإذا وصل إلىٰ مكة، وقامت البينة له بعينه، كتب إلىٰ الحاكم بمصر بذلك، وإن لم يقم البينة بعينه، وقالت: هذا غير الذي كنا شهدنا بأنه له، فإنه يرده إلىٰ حاكم مصر، ويكون في ضمانه حتىٰ يسلمه إليه، والله الموفق للصواب.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: (وَلَا جُعْلَ لِمَنْ جَاءَ بِآبِقٍ، وَلَا ضَالَّةٍ، إِلَّا أَنْ يُجْعَلَ لَهُ، وَسَوَاءٌ مَنْ عُرِفَ بِطَلَبِ الضَّوَالِّ، وَمَنْ لَا يُعْرَفُ)[١].

وهذا كما قال.. الجِعالة تصح في رد الآبق، ورد الضالة، والأصلُ فيه قول الله تعالىٰ: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ ولأن كلَّ ما جاز له أخذ الأجرة عليه، جاز أخذ الجعل عليه، أصله: سائر الأعمال، مثل الخياطة وغيرها، فإنه يجوز أن يستأجره ليخيط ثوبه، ويجوز أن يجعل له جعالة، فيقول: إن خِطْتَ لي كذا فلك كذا؛ ولأن بالناس حاجة إلىٰ ذلك؛ لأن الرجل قد يأبق له عبد، ويضيع له مال، وتضل له ضالة، ولا يقدر علىٰ طلبه بنفسه، ولا يجد من يتطوع به، ولا يعلم موضعه فيستأجره علىٰ مسافة معلومة، أو مدة معلومة، فمست الحاجة إلىٰ جواز الجعالة.

إذا تقرر هذا، فإنه يُنظر، فإن كان الجُعْل معلومًا، صح عقد الجِعالة؛ لأنه لا حاجة بهم إلىٰ أن يجعلوا الجُعل مجهولًا، ويجوز[٢] أن يكون العمل

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٦).

(٢) في (ق): «ولا يجوز»، وهو غلط .

مجهولًا، وهذا كما يجوز أن تكون المنافعُ معدومة للحاجة إليه، ولا يجوز أن تكون الأجرة معدومة؛ لأنه لا حاجة إلىٰ ذلك.

وكذلك يجوز[١] أن يكون العامل غير معين؛ لأن العمل إذا جاز أن يكون مجهولًا، فكذلك العامل، فإذا جعل له عوضًا معلومًا علىٰ رد عبده، أو ضالته، فإنه لا يلزمه ذلك العقد، فإن فسخه قبل أن يتلبس العامل بالعمل والطلب، كان له ذلك، وينفسخ العقد، ولا شيء للعامل؛ لأنه لم يعمل بعد شيئًا.

وإن كان العاملُ قد تلبس بالعمل، وقطع بعضَ المسافة في الطلب، فإن أراد العامل فسخه، كان له، ولا أجرة له، وإن كان الباذلُ أراد فسخه لم يكن له، إلا أن يدفع إليه أجرة المثل في مقابلة ما عمله؛ لأنه يريد أن يسقط حق غيره.

هذا إذا شرط له عوضًا، فأما إذا ردَّ عبده الآبق، وجملَه الشارد، من غير عوض شرطه، لم يكن له شيء وكان متطوعًا بذلك.

وقال مالك: إن كان ذلك الرجل معروفًا بردِّ الضوال كان له أجرة المثل علىٰ الرد، وإن لم يكن معروفًا به، لم يكن له شيء.

وقال أبو حنيفة: إن رد العبدَ من مسيرة ثلاثة أيام فما فوقها، استحق أربعين درهمًا، وإن بلغت المسافة ما بلغت، وإن كان من مسيرة دون ثلاثة أيام، رُضِخ له، ولا يبلغ أربعين درهمًا، وإن كان قيمة العبد أربعين، ورده من مسيرة ثلاثة أيام فما فوقها، فله أربعون، وإن كانت قيمته أقل من أربعين نقص درهمًا من قيمته، وقال أبو يوسف ومحمد: له أربعون درهمًا من غير نقصان.

واحتج من نصر قولهم بما روىٰ أبو هريرة رضي الله عنه عن النبيِّ ﷺ قال: «مَن

---

(١) في (ق): «لا يجوز» وهو غلط.

كشَفَ عن مؤمنٍ كرْبةً [مِن كُرب الدُّنيا](١)، **كشَفَ اللهُ عنه كربةً مِن كُرَبِ يوم القيامةِ، واللهُ في عونِ العبدِ ما دام العبدُ فِي عونِ أخِيه**»(٢)، وإذا كان كذلك ثبت أن رد الآبق علىٰ أخيه عون له، وهو مأذون له فيه.

وأيضًا روىٰ ابنُ أبي مليكة وعمرو بن دينار أن النبيَّ ﷺ جعل في آبق يوجد (خارجًا من)(٣) الحرم دينارًا(٤).

وروىٰ أبو عمرو الشيباني قال: قلت لابن مسعود رضي الله عنه(٥): إني أصبت عبيدًا إباقًا، فقال لي: أجر وغنيمة، فقلت: هذا الأجر فما الغنيمة؟ فقال: كل رأس أربعون درهمًا. ولا يقول هذا إلا توقيفًا؛ لأن القياس لا يدل عليه.

ودليلُنا قوله ﷺ: «**لا يحِلُّ مالُ امرئٍ مُسلم إلا بطيبِ نفسٍ منه**»(٦).

ومن جهة المعنىٰ: أنه رد ضالة غيره بغير إذنه، ولا إذنِ مَن يقوم مقامه، فوجب أن لا يستحق الأجرة، أصله: إذا رد ضالته من البهائم.

وأيضًا، فإنه تطوع عليه برد ماله الضائع إليه، فوجب أن لا يستحق الأجرة عليه(٧)، أصله: ما ذكرنا؛ ولأنه عمل لغيره عملًا بغير إذنه، ولا إذنِ مَن يقوم مقامه، فلم يستحق عليه الأجرة، كما لو رد ضالته، وكما لو خاط له، أو حمل له.

وأيضًا، فإنه إذا لم يجب العوض برد ضالة البهائم، وهي أبعد من

---

(١) ليس في (ص).

(٢) أخرجه الطبراني في الأوسط (٤٥٠٤)، وفي مكارم الأخلاق (٨٥).

(٣) في (ص)، (ق): «داخل» وهو غلط.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٢١٩٣٨).

(٥) أخرجه ابن أبي عاصم في الجهاد (٤٧).

(٦) أخرجه الدارقطني (٢٨٨٦)، والبيهقي في الكبرىٰ (١١٥٤٥).

(٧) في (ق): «عليه الأجرة».

الرجوع إلىٰ صاحبها من العبد؛ لأن العبد ربما تاب، وبدا له، فرجع إلىٰ سيده، وذلك متعذرٌ من جهة البهيمة، فإذا لم تجب الأجرة بردها فأولىٰ أن لا تجب برد العبد؛ ولأن الأجرة لو كانت تستحق بذلك، لوجب أن تزيد بزيادة المسافة، علىٰ مسيرة ثلاثة أيام، كما تنقص بنقصانها، ولما أجمعنا علىٰ أنها لا تزيد بزيادتها، ثبت أنه لا يستحق الأجرة بذلك.

ولأنه لو أنفق علىٰ العبد في المسافة نفقة من ماله، لم يرجع بها علىٰ صاحبه؛ لأنه متبرع، فكذلك وجب أن لا يرجع بالأجرة؛ لأنه متبرعٌ بها.

فأما الجوابُ عن الخبر، فهو أنه لا حجة فيه؛ لأن أكثر ما فيه ثبوت الأجر والثواب ليس فيه ذكر استحقاق العوض، وكلامنا فيه، ثم إن ثبوت الأجر والثواب يدل علىٰ أنه لا عوض له؛ لأنه إذا ثبت له العوض بالرد لم يثبت الأجر؛ لأن الثواب لا يثبت في المعاوضات.

وأما الجوابُ عن الحديث الآخر، فهو أنه مرسل؛ لأنه يرويه[١] ابنُ أبي مليكة وعمرو بن دينار عن النبيِّ ﷺ، ونحن لا نقول بالمراسيل، ثم أنتم لا تقولون بهذا الخبر؛ لأنكم لا توجبون الدينار بالرد من خارج الحرم، ثم نحمله عليه إذا كان قد أذن له، وشرط ذلك المقدار.

وأما الجوابُ عن حديث ابن مسعود رضي الله عنه، فهو أن القياس مُقَدَّم عندنا علىٰ قول الصحابي فلا يصح احتجاجهم به.

ثم نحمله علىٰ الإذن بالشرط، أو علىٰ الاستحباب، علىٰ أنه يخالف الأصول وهو خبر الواحد، وعند المخالف إذا كان خبر الواحد مخالفًا للأصول، لم يجز العمل به، وقد روي عن أحمد بن حنبل أنه قال: ليس في الآبق خبر صحيح، ولا أثر موثوق به عن الصحابة رضي الله عنهم، والله أعلم.

---

(١) في (ص)، (ق): «يرويه عن» وهو غلط.

إذا أذن لرجل في رد عبده الآبق، أو جملِه الشارد، أو فرسه الغائر، ولم يشرط له عوضًا، فرده، فهل يستحق الأجرة أم لا؟

قال أبو إسحاق: إن كان ذلك الرجل معروفًا برد الضوال، استحق أجرة المثل، وكانت العادة في حقِّه بمنزلة الشرط، كما لو دخل الحمام، أو قال للحجام «احجمني» فحجمه، لزمه الأجرة للحمَّامي والحجَّام، وكانت العادة قائمة مقام الشرط، وإن لم يكن ذلك الرجل معروفًا برد الضوال، لم تكن له أجرة؛ لأنه لا شرط، ولا عادة تقوم مقام الشرط.

وقال أبو علي ابن أبي هريرة: لا شيء له، وإن كان معروفًا بردها؛ لأنه متبرع بذلك.

قال القاضي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وهو ظاهر قول الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «ولا جعل لمن جاء بآبق ولا ضالة» وهذه المسألة مبنية علىٰ مسألة الغسَّال، وقد استقصينا الكلام فيها في «كتاب الإجارات»[١].

فرع

إذا رد عبدَه الآبق، ثم اختلفا، فقال العامل «شرطْتَ لي أجرة» وقال صاحب العبد: «لم أشرط لك أجرة»، فإن القولَ قولُ صاحب العبد؛ لأن العامل يدعي عليه أنه شرط له عوضًا، وهو ينكر ذلك، والأصل عدمه.

فرع

إذا اختلفا في عين العبد الذي جُعل العوض في رده، وذلك مثل أن يأبق له عبدان سالم وغانم، فرد العاملُ سالمًا، وقال: «هو الذي جعلتَ العوض في رده»، وقال صاحب الغلام: «إنما شرطت لك الجعل في رد غانم»، فإن القولَ قولُ صاحب العبد؛ لأن العامل يدعي عليه أنه شرط العوض في رد

---

(١) في هذا الجزء (ص ١٢٠).

سالم، وهو ينكر ذلك، والأصل عدمه.

فرع

إذا اختلفا في قَدْرِ الجُعل المشروط، فقال العامل: «ديناران»، وقال صاحب العبد: «دينار»؛ فإنهما يتحالفان؛ لأنهما اختلفا في قدر العوض المستحق بالعقد، فهو كما لو اختلفا في قدر الثمن، أو الأجرة، فإذا تحالفا، انفسخ العقد، ووجب أجرة المثل؛ لأن العمل الذي هو المعوض قد تعذر رده، فوجب رد بدله، كما لو استأجره إجارة فاسدة، وعمل، فإنه يستحق أجرة المثل، وهذا كما قلنا في السلعة إذا تلفت، وكان البيع فاسدًا، أو تحالفًا، فإنه يجب قيمتها، فكذلك هذا.

فرع

إذا شرط عوضًا مجهولًا، مثل أن يقول: «إن رددت عبدي الآبق، فلك ثوب»، فرده، كانت له أجرة المثل؛ لأن العوض إذا كان فاسدًا، وتعذر الرجوع في المعوض ثبت البدل، كما لو استأجره إجارة فاسدة وعمل، فإنه يستحق أجرة المثل.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال الشافِعِيُّ رضي الله عنه: (وَلَوْ قَالَ لِرَجُلٍ إنْ جِئْتَنِي بِعَبْدٍ فَلَكَ كَذَا، وَلِآخَرَ مِثْلَ ذَلِكَ، وَلِثَالِثٍ مِثْلُ ذَلِكَ، فَجَاءُوا بِهِ جَمِيعًا، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثُ مَا جَعَلَهُ لَهُ اتَّفَقَتْ الْأَجْعَالُ أَوْ اخْتَلَفَتْ)[1].

وهذا كما قال.. إذا قال لرجل «إن رددتَ عبدي الآبق[2] فلك دينار»، وقال

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٦).

(٢) ملحق بحاشية (ص) ومصحح .

لآخر «إن رددتَ عبدي فلك ديناران»، وقال لثالث «إن رددتَ عبدي فلك ثلاثة دنانير»، فرده الثلاثة، استحق كلُّ واحدٍ منهم ثلث ما سماه له، فالأول يستحق ثلث دينار، والثاني يستحق ثلث دينارين، والثالث يستحق ثلث ثلاثة دنانير؛ لأن كلَّ واحدٍ منهم لو انفرد استحق جميع ما سمي له، فإذا شاركه اثنان فقد عمل كلُّ واحدٍ منهم ثلثَ العمل، فاستحق ثلث ما سمي له.

وإن سمىٰ لأحدهم دينارًا، ولآخر عوضًا مجهولًا، وكذلك للثالث، مثل أن يقول للثاني: «إن رددتَ عبدي فلك شاة»، فرده الثلاثة، استحق من سمي له عوض صحيح ثلثه، واستحق الآخران كل واحد منهما ثلث أجرة المثل.

فرع

إذا قال لرجل «إن رددتَ عبدي فلك دينار»، فرده مع آخرين، رجعنا إليهما، فإن قالا: «عاوناه علىٰ رده»، استحق المسمىٰ، ولا شيء لهما؛ لأنهما عملا له، ولم يعملا لصاحب العبد، وإن قالا: «عملنا لأنفسنا ولم نقصد بذلك معاونته»، فله ثلث ما سمي له، ولا شيء لهما؛ لأنهما تطوعا بالرد.

فرع

إذا قال: «من رد عبدي فله دينار»، فرده عشرة، استحقوا الدينار بينهم بالسوية أعشارًا؛ لأن الرد وُجد من جماعتهم، فكان المسمىٰ بينهم، وإن سمىٰ عوضًا مجهولًا، فقال: «من رد عبدي الآبق، فله ثوب»، فرده عشرة أنفس، استحقوا أجرة المثل بينهم بالسوية؛ لأن العوض إذا كان فاسدًا، وتعذر رد المعوض، وجب الرجوع إلىٰ قيمته.

فرع

إذا قال: «إن رددتَ عبدي من البصرة، فلك دينار»، فأصابه بواسط فرده، كان له نصف دينار؛ لأنه وفىٰ نصف العمل، كما لو قال: «إن خطْتَ هذا

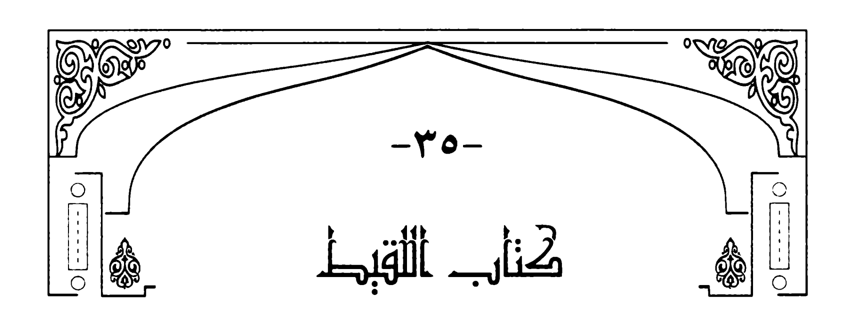
القميص»، أو «بنيت هذا البناء فلك درهم»، فخاط نصف القميص، أو بنىٰ نصف البناء، وتعذر تمامه لعارض، استحقَّ نصفَ[١] الدرهم؛ لأنه عمل نصف العمل وسلَّمه.

وأما إذا أصابه بالبصرة وحمله إلىٰ واسط، فمات بواسط، أو هرب منه، لم يستحق شيئًا من العمل كما لو استأجره بدرهم لخياطة قميص، فخاط نصفه، وتلف الثوب، فإن كان في يد المستأجر، استحق نصف المسمىٰ؛ لأنه سلم نصف العمل، وإن كان في يد الخياط، لم يستحق شيئًا من العوض؛ لأنه ما سلم العمل الذي عمله.

فإن قيل: قد قلتم: إن الأجير للحج إذا مات قبل أن يفرغ من الحج، أنه يستحق بعض الأجرة، وقد مات قبل التسليم، فما الفرقُ بينهما؟ **فالجوابُ**: أنه إن كان قد مات قبل الإحرام، فلا يستحق شيئًا من الأجرة وإنما يُرضخ له، وإن كان بعد أن أحرم ففيه قولان؛ **أحدهما**: لا يستحقُّ شيئًا من الأجرة، فعلىٰ هذا سوينا بينهما، **والثاني**: أنه يستحقُّ بعضَ الأجرة في مقابلة ما عمل، والفرقُ بينهما علىٰ هذا أن القصد من الحج تحصيل العمل دون تسليمه، فإذا أحرم وعمل بعض الأعمال فقد حصل العمل، وحصل الثواب به للمحجوج عنه، فلهذا يستحق بعض الأجرة، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن تحصيل العمل وتسليمه هو المقصود، وما سلَّمه، فلهذا لم يستحق الأجرة، والله أعلم.

آخر كتاب اللقطة، يتلوه كتاب اللقيط

(١) ليس في (ص)، (ق).



باب التقاط المنبوذ يوجد معه الشيء مما وضع بخطه ومن مسائل شتى

اللقيطُ، والملقوطُ، والمنبوذُ، اسمٌ للطفل الذي يوجد مطروحًا علىٰ الطريق، واللقيطُ فعِيلٌ بمعنىٰ مفعول، من لقط يلقط كما يقال: دهين بمعنىٰ مدهون، وقتيل بمعنىٰ مقتول، وخضيب بمعنىٰ مخضوب، فالتقاطُ الطفل إذا وجد مطروحًا، وحضانته، والإنفاق عليه واجبة.

والأصلُ فيه قوله تعالىٰ في قصة مريم: ﴿وَمَا كُنتَ لَدَيْهِمْ إِذْ يُلْقُونَ أَقْلَٰمَهُمْ أَيُّهُمْ يَكْفُلُ مَرْيَمَ﴾ وقوله تعالىٰ: ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ فوجبت المعاونة علىٰ كفالة الطفل.

وروي أن سُنينًا أبا جميلة وَجَدَ منبوذًا، فأتىٰ به عمَرَ، قال: فقال عَرِيفي[1]: يا أمير المؤمنين، إنه رجل صالح، فقال عمر: أكذلك هو؟ قال:

---

(١) هو القيم بأمور القبيلة أو الجماعة من الناس يلي أمورهم، ويتعرف الأمير منه أحوالهم.

نعم، فقال: إذا هبَّ هو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته[١]

ومن القياس أنه آدمي له حرمة، فوجب أن لا يجوز تضييعه، أصله: إذا اضطر إلىٰ طعام الغير، فإنه يجب بذل الطعام له، لئلا يموت.

ولأن البالغَ ربما احتال، فحصل لنفسه شيئًا، والطفل لا حيلة له، فإذا لم يجز تضييع البالغ إذا اضطر إلىٰ الطعام، فأولىٰ أن لا يجوز تضييعُ هذا الطفل.

[ولأن الميتَ يجبُ غسلُه، وتكفينُه، ودفنُه، ولا يجوزُ تضييعه][٢]، فالتقاط هذا المنبوذ وحياطته أولىٰ بالوجوب؛ لأن حرمة الحي آكد من حرمة الميت، ألا ترىٰ أن الحي إذا اضطر كان له أن يأكل الميتة.

إذا ثبت أن ذلك واجب، فإن وجوبه فرضٌ علىٰ الكفاية، فإن قام به واحد سقط عن الباقين، وإن لم يقم به أحد منهم وتركوه كلُّهم؛ حرِجوا وأثِموا، كما نقول في غسل الميت، وتكفينه، والصلاة عليه، ودفنه.

إذا ثبت هذا، فإن نفقته في بيت المال، إن كان فيه مال، والدليلُ عليه قول عمر رضي الله عنه: وعلينا نفقتُه، ويروىٰ في بعض الألفاظ: «وعلينا نفقته في بيت المال»[٣]، وإن لم يكن في بيت المال مال، وجب علىٰ المسلمين أن ينفقوا عليه، ويقوموا بكافيته، والإمام يستقرض في ذمة الصبي ونذكره بعدُ إن شاء الله تعالىٰ.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رضي الله عنه: (مَا وُجِدَ تَحْتَ الْمَنْبُوذِ مِنْ شَيْءٍ مَدْفُونٍ مِنْ ضَرْبِ

(١) أخرجه مالك (٢/ ٧٣٨) - وعنه الشافعي (ص ٢٢٥) - وعبد الرزاق (١٣٨٣٨).
(٢) ليس في (ص).
(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٣٨٣٨).

الْإِسْلَامِ أَوْ كَانَ قَرِيبًا مِنْهُ، فَهُوَ لُقَطَةٌ، أَوْ كَانَتْ دَابَّةً فَهِيَ ضَالَّةٌ، فَإِنْ وُجِدَ عَلَى دَابَّتِهِ أَوْ عَلَى فِرَاشِهِ أَوْ عَلَى ثَوْبِهِ مَالٌ فَهُوَ لَهُ)[١].

وهذا كما قال.. بين الشافعيُّ حُكْمَ ما يوجد مع اللقيط من المال، وجملتُه أن الطفل يملك ملكًا صحيحًا تامًّا كما يملك البالغُ والدليلُ عليه أنه يرث كما يرث البالغ، وإذا وهب له، أو أوصىٰ له بشيء، وقبِله وليُّه صح، وملكه الطفل، وكذلك إذا ابتاع له شيئًا ملكه الطفل، فلا يختلف الصبيُّ والبالغ في صحة التملك، وإنما يختلفان أن تصرف البالغ يصح بنفسه، ولا يصح تصرف الصبي بنفسه؛ لأنه غير مكلف[٢].

إذا ثبت هذا، فإذا وُجد الطفلُ مطروحًا علىٰ الطريق في سِفطٍ، فإن السِّفط مِلْكٌ له، وما يواريه، وكلُّ ما في السِّفْطِ تحته وفوقه[٣]؛ لأن يده عليه، فإن كان فيه دنانير أو دراهم مشدودة في خِرْقة كانت له، وكذلك كلُّ ما كان خارج السِّفط متصلًا به، وإن كان مشدودًا علىٰ دابة كانت ملكًا له.

فأما ما كان منفصلًا عنه، مثل أن يكون بالقرب منه ثوبٌ مطروح، أو ذهبٌ موضوع فإنه يكون لقطة، ولا يكون ملكًا له؛ لأن يده لا تثبت إلا علىٰ ما كان متصلًا به.

ويفارق البالغَ حيث قلنا إن يده علىٰ المال الذي بالقرب منه منفصلًا عنه ثابتة، لأن البالغَ يراعيه، فتثبت يدُه عليه بالمراعاة، وهذا لا يتصور من الطفل فوِزانُ ذلك من البالغ أن يكون المال بعيدًا منه حيث لا يمكنه مراعاته، فإنه لا يكون تحت يده.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٦).

(٢) الأوسط (١١/ ٤٤٠- ٤٤١).

(٣) يعني أنه مِلك له كذلك.

فأما ما يوجد مدفونًا تحت الطفل، فهو علىٰ ضربين؛ ضربٌ لا يبقىٰ علىٰ مر السنين، وضربٌ يبقىٰ:

فأما ما لا يبقىٰ علىٰ مر السنين مثل الثياب ونحوها، فإنه يكون لقطة ولا يكون ركازًا.

وإن كان مما يبقىٰ علىٰ مر السنين كالذهب والفضة، وغيرهما من الأحجار، فلا يخلو من أن يوجد في طريق ميتاء، أو خرِبة، فإن كان في طريق ميتاء، فإنه لقطة.

وإن كان مدفونًا لم يخْلُ من أن تكون عليه علامة الإسلام وضربه، أو علامة الجاهلية، مثل الصور التي يثبتونها في دراهمهم، أو تكون دراهم ملساء، ليس عليها أثر نقش، ولا صورة، فإن كان عليها علامةُ الإسلام فهي لقطة، وإن كان عليها علامةُ الجاهلية فهي ركاز، وإن كانت ملساءَ فهي ركاز أيضًا؛ لأن محلها خربة الجاهلية، فهي أمارة علىٰ أنها من دفن الجاهلية، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَإِنْ كَانَ مُلْتَقِطُهُ غَيْرَ ثِقَةٍ نَزَعَهُ الْحَاكِمُ مِنْهُ، وَإِنْ كَانَ ثِقَةً وَجَبَ أَنْ يُشْهِدَ بِمَا وَجَدَ لَهُ، وَأَنَّهُ مَنْبُوذٌ)[(١)].

وهذا كما قال.. إذا التقط منبوذًا، وكان ثقة، تُرك في يده، والدليلُ عليه أن العَرِيف قال لعمر رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ في سُنين أبي جَميلة إنه رجل صالح[(٢)]، فأقره عمر في يده، ولأنه إذا كان ثقة أمن أن يسترقه، وهل يجب أن يشهد علىٰ الالتقاط أم لا؟ ذكر الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنه يجب أن يشهد.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٦).

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٧٣٨) - وعنه الشافعي (ص ٢٢٥) - وعبد الرزاق (١٣٨٣٨).

واختلف أصْحابُنا في ذلك، فمنهُم مَن قال: فيه وجهان، كما قلنا في الإشهاد علىٰ التقاط اللقطة، ومنهُم مَن قال: يجب الإشهاد [هاهنا وجهًا واحدًا؛ لأنه يتعلق بذلك حفظُ حُرمة المنبوذ، ولا يتعلق ذلك بالإشهاد][١] علىٰ اللقطة، ولهذا قلنا يجب الإشهاد في النكاح؛ لأن حق الولد يتعلق به في الثاني.

فأما إذا كان[٢] فاسقًا، فإن الإمام ينتزعه من يده؛ لأنه لا يؤمن أن يسترقه.

فإن قيل: قد قلتم: إن اللقطة لا تُنتزع من يد ملتقطها إذا كان فاسقًا.

قلنا: فيها قولان؛ **أحدهما** تنتزع، والفرقُ بينهما علىٰ هذا، أن التقاط اللقطة جهة من جهات الكسب[٣]، والعدلُ والفاسقُ سواء في التكسب، والتقاطُ المنبوذ أمانة وولاية، وليس الفاسق من أهل ذلك، ولأن اللقطة ترد إلىٰ الفاسق بعد السنة إن أخذت منه، فيتملكها، فلا معنىٰ لأخذها منه، واللقيطُ لا يرد إليه بعد ما يؤخذ؛ ولأن اللقطة تُعرَّف سنة، فيؤمر بالتعريف لتزول الخيانة فيها، وأما اللقيطُ فإنه لا يعرَّف، فربما خان فيه واسترقه، فلهذا انتزعناه من يده، والله أعلم.

◆ مَسْألةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَيأْمُرُهُ بِالْإِنْفَاقِ مِنْهُ بِالْمَعْرُوفِ، وَمَا أَخَذَ الْمُلْتَقِطُ وَأَنْفَقَ مِنْهُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ أَمْرِ الْحَاكِمِ فَهُوَ ضَامِنٌ)[٤].

وهذا كما قال.. إذا وُجد مع الطفل مال، فإنه يُنفق عليه منه؛ لأن أبويه لو

---

(١) ليس في (ص).

(٢) يعني: الملتقِط.

(٣) في (ص): «من جهة التكسب».

(٤) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٦).

كانا معينين، وهما موسران، وجبت نفقته في ماله إن كان له مال، دون مال أبويه، فأولىٰ أن تجب في مسألتنا في ماله.

إذا ثبت هذا، فإن الملتقط لا يلي الإنفاق عليه من ماله، لأن الذي يثبت له بالالتقاط حقُّ الحضانة دون الولاية، وإنما قلنا ليس له ذلك؛ لأن الذي يلي مال الطفل بغير توليةٍ أبوه وجدُّه، وأما من عداهما من عصبته فلا يلونه بغير تولية، فالملتقط أولىٰ أن لا يليه.

فإن أنفق عليه، نُظر؛ فإن كان في الموضع حاكم، وقد أذن له في الإنفاق، فلا ضمان عليه؛ لأن الحاكم يلي ذلك، فأمينُه بمنزلته، وإن أنفق بغير إذنه، لزمه الضمان، كما لو كان لصبي مال فأودعه أبوه رجلًا، فأنفقه المودع علىٰ الصبي بغير إذنه، لزمه ضمانه، فكذلك هذا.

وإن لم يكن في الموضع حاكم، نُظِر، فإن لم يشهد علىٰ الإنفاق عليه، لزمه الضمان، وإن أشهد ففيه قولان، وقيل وجهان:

أحدهما: يلزمه الضمان؛ لأنه لا تثبت له ولاية علىٰ ماله بعدم الحاكم، فلا فرق بين أن يكون هناك حاكم وبين لا يكون.

والثاني: لا ضمان عليه؛ لأنه موضع ضرورة؛ لأن الصبي يحتاج إلىٰ نفقة، وليس هناك حاكم يرفعه إليه، فجعل له الإنفاق عليه لأجل الضرورة، ووجب سقوط الضمان عنه.

فإن بلغ الطفل، فقال للملتقط: «ما أنفقتَ علي من مالي»، كان القولُ قولَ الملتقطِ في ذلك؛ لأنه أمين.

فأما إذا لم يكن معه مال، فإن نفقته تجب في بيت مال المسلمين، والدليلُ عليه حديثُ عمر رضي الله عنه حيث قال للملتقِطِ: ولك ولاؤه، وعلينا

نفقته في بيت مال المسلمين[١]؛ ولأن مالَ بيتِ المال موضوعٌ لمصالح المسلمين، وهذا من مصالحهم؛ ولأن المعسر البالغ ينفق عليه منه، فهذا الطفل أولىٰ بذلك.

فإن لم يكن في بيت المال مالٌ، أو كان، وهناك من هو أهم منه، فإنه يجب علىٰ المسلمين الإنفاقُ عليه [فلا يجوز أن يضيعه، وهل يجب ذلك بعوض علىٰ وجه القرض يثبتُ في ذمة الطفل، أو يجب بغير عوض؟ فيه قولان؛ **أحدهما**: يجب بغير عوض كما لو وُجد ميتٌ، فإنه يجب عليهم الإنفاق عليه][٢] في غسله، وتكفينه، ودفنه بغير عوض، كذلك هاهنا، والأكثر علىٰ أنه يجب بعوض، كما نقول في المضطر إلىٰ طعام غيره إنه لا يجب البذل له بغير عوض، فكذلك هذا.

فإذا قلنا يجب بلا عوض، فلا تفريع عليه، وإذا قلنا يجب بعوض علىٰ وجه القرض، فإن أعطىٰ الملتقِطَ مالًا علىٰ وجه القرض للإنفاق عليه، فهل يجوز أن يجعل الأمر فيه إليه، فينفق منه عليه علىٰ وجه القرض، أو يؤخذ منه ما يقرضه؟ فيه قولان:

أحدهما: لا يجوز أن يجعل الأمر إليه؛ لأنه لا يجوز أن يكون في القبض من نفسه وكيلًا، ولهذا نقول: إذا كان له علىٰ رجلٍ حق فوكَّله في القبض من نفسه؛ لم يصح.

والثاني: يجوز، كما لو كان للطفل مال، فإنه يجوز أن يجعل الحاكم إليه الإنفاقَ منه عليه.

وإن أقرضه غير الملتقط، جاز أن يعطيه للملتقط حتىٰ ينفق عليه منه،

(١) أخرجه مالك (٢/ ٧٣٨) – وعنه الشافعي (ص ٢٢٥) – وعبد الرزاق (١٣٨٣٨).
(٢) ليس في (ص).

وإن لم يكن هناك من يقرضه جَمَعَ الحاكم أغنياء ذلك الموضع، وجعل نفسه كأحدهم، وألزمهم النفقة، ويكون ذلك علىٰ وجه القرض علىٰ هذا القول، فإذا أيسر الطفل قضىٰ عنه ذلك.

وإن حصل في بيت المالِ مالٌ قبل يساره، قضىٰ منه؛ لأنه لما وجب الإنفاق عليه منه ابتداءً، وجب القضاء منه في الثاني، كما نقول في ماله، وأيهما سبق قضىٰ منه، وإن اتفقا معًا، قضىٰ من ماله، دون بيت المال؛ لأنه لو كان معه مال وفي بيت المال مال، وجب الإنفاق عليه من ماله دون مال بيت المال، فكذلك القضاء.

♦ مَسْألَةٌ ♦

♦ قال رَحِمَهُ اللهُ: (وَلَوْ وَجَدَهُ رَجُلَانِ وَتَشَاحَّاهُ أَقْرَعْتُ بَيْنَهُمَا)[1].

وهذا كما قال.. إذا وجد اللقيطَ رجلان، فلا يخلو من أن يكونا متفقين في الشرائط أو مختلفين.

فإن كانا متفقين فيها، مثل أن يكونا حرين مسلمين[2] عدلين مقيمين، فلا يخلو إما أن يتشاحَّا عليه، أو يتسامحا.

فإن تشاحَّا عليه، أقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة، كان أحق به، وإنما أقرعنا بينهما؛ لأن حق الحضانة قد ثبت لكلٍّ واحد منهما علىٰ الانفراد لا علىٰ الاشتراك؛ لأن الحضانة لا تتبعضُ فلم تثبتْ لكلٍّ واحدٍ منهما علىٰ وجه الكمال، ولا يمكن المهايأة؛ لأن القصدَ حظُّ الصبي، وما يعود بصلاحه، وفي المهايأة تختلف الأيدي عليه، ويختلف الغذاء، وذلك

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٦).

(٢) في (ق): «مسلمين حرين».

يعود عليه بالضرر.

ولا فرق بين الرجلين والمرأتين، والرجل والمرأة، والكل في ذلك سواء إذا اتفقوا في الشرائط.

فإن قيل: فقد قلتم إن الأبوين إذا افترقا بالطلاق كانت الأم أحقَّ بالولد من الأب، فهلا جعلتم المرأة في هذه المسألة أحق من الرجل؟

قلنا: إنما جعلنا الأم أحق به في تلك المسألة؛ لأنها ملائمة لولدها، فكونه في يدها وحضانتها أحظ له من أن يكون في يد أجنبية وفي حضانتها؛ لأن الأب لا حضانة له، وإنما يستأجر امرأة تحضنه، وتراعيه، وليس كذلك في مسألتنا، فإن المرأةَ أجنبيةٌ فلا فرق بينها [وبين المرأة التي يستأجرها الرجلُ لحضانته، فلذلك سوَّينا بينهما][1].

وأما إذا تسامحا، فقال أحدهما للآخر: إن شئتَ فخذه، وإن شئتَ فاتركه لآخذه، فإذا فعلا ذلك، وأخذه أحدُهما سقط حق الآخر؛ لأنَّا قد بينا أن حق الحضانةِ يثبت لكلِّ واحدٍ منهما علىٰ الانفراد، فهو كما نقول في وليِّي المرأة، فإن لكلِّ واحد منهما ولاية عليها في النكاح، فإذا سمح أحدهما كان للآخر التزويج، وسقط حق المسامح.

فأما إذا كانا مختلفين، فالحكمُ مبنيٌّ علىٰ أحدهما إذا انفرد، وإذا انفرد فلا يخلو، إما أن يكون عبدًا أو حرًّا.

فإن كان عبدًا، انتُزع من يده؛ لأنه مشغولٌ بخدمة سيده، فلا يتفرغ لتربية اللقيط ومراعاته، إلا أن يأذن له السيد في الالتقاط، أو يأذن له في التربية بعد الالتقاط، فلا يُنتزع من يده، ويكون كأن السيد التقطه، واستعان بالعبد في مراعاته وتربيته.

---

(١) ليس في (ص).

وإن كان حرًّا لم يَخْلُ، إما أن يكون مسلمًا، أو كافرًا.

فإن كان كافرًا، نُظِر في الطفل فإن كان محكومًا بإسلامه، انتُزع من يده حتىٰ لا يفتنه عن دينه، ويربيه علىٰ كفره، وإن كان محكومًا بكفره، لم يُنتزع منه؛ لأنه مثله.

وإن كان مسلمًا، لم يخلُ من أحد أمرين: إما أن يكون عدلًا، أو فاسقًا.

فإن كان فاسقًا، انتُزع من يده؛ لأنه لا يؤمن أن يسترقه.

وإن كان عدلًا، لم يخْلُ الموضع الذي وجد فيه الصبي، إما أن يكون بادية أو مصرًا.

فإن كان مِصْرًا، لم يخْلُ الملتقط، إما أن يكون مقيمًا، أو ظاعنًا.

فإن كان مقيمًا، أُقر في يده، موسرًا كان أو معسرًا، ولم يكلف الإنفاق عليه، وإنما يتفق عليه من بيت المال.

وإن كان ظاعنًا إلىٰ بادية انتُزع من يده؛ لأن في إخراج الصبي إلىٰ الباية ضررًا عليه، وكونه في البلد أصلح له؛ ولأنه ليس في البادية من يعلمه، ويؤدبه، وذلك موجود في البلد.

وإن كان ظاعنًا إلىٰ بلد آخر، ففيه وجهان؛ أحدهما: أن البلدين سواء، فلا يُنتزع من يده، والثاني: أنه يُنتزع من يده؛ لأن مقامه في البلد الموجود فيه أعود عليه؛ لأنه أرجىٰ لظهور نسبه.

وإن كان قد وُجِد في البدو، فإن كان الرجل بدويًّا لم ينتزع منه، وإن أراد أن ينتقل إلىٰ الحضر فذلك أعود عليه، ولا ينتزع منه.

فهذا الكلام في المنفرد.

فأما الاثنان إذا وجداه، واختلف حالهما، فإن وجده حرٌّ وعبد، فالحرُّ

أحق به، إلا أن يأذن السيدُ لعبده في ذلك، فيقرع بينهما.

وإن وجده مسلمٌ وكافر، فإن كان الصبيُّ محكومًا بكفره أُقرع بينهما، وإن كان محكومًا بإسلامه، فالمسلم أحق.

وإن أخذه موسِرٌ وفقير، قال أبو إسحاق: الموسِرُ أولىٰ به؛ لأنه أعود علىٰ الصبي، وإن وجده مقيمٌ وظاعن، فالمقيمُ أولىٰ، وإن وجده عدلٌ وفاسقٌ فالعدلُ أولىٰ من الفاسق.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆قال الشافِعِيُّ ﷺ: (وَإِنْ كَانَ مُسْلِمٌ وَنَصْرَانِيٌّ[١] فِي مِصْرٍ بِهِ أَحَدٌ مِنْ الْمُسْلِمِينَ وَإِنْ كَانَ الْأَقَلَّ؛ دُفِعَ إِلَى الْمُسْلِمِ، وَجَعَلْتُه مُسْلِمًا، وَأَعْطَيْتُه مِنْ سُهْمَانِ الْمُسْلِمِينَ حَتَّى يُعْرِبَ عَنْ نَفْسِهِ، فَإِذَا أَعْرَبَ عَنْ نَفْسِهِ، فَامْتَنَعَ مِنَ الْإِسْلَامِ لَمْ يَبِنْ لِي أَنْ أَقْتُلَهُ)[٢] إلى آخر الفصل.

وهذا كما قال.. تكلم الشافعي رحمه الله في إسلام اللقيط، وجملتُه أن الناس علىٰ ضربين: ضربٌ مكلف، وضربٌ غير مكلف.

فأما المكلفُ، فهو البالغ العاقل، وهذا يطرد وينعكس، فمن كان بالغًا عاقلًا فهو مكلف، ومن لم يكن بالغًا عاقلًا، فهو غير مكلف.

إذا ثبت هذا، فإسلامُ المكلف معتبر بنفسه، ولا يكون تبعًا فيه لغيره.

وأما الضربُ الذي هو غير مكلف، فالكلامُ فيه في فصلين؛ في إسلامه بإسلام غيره، وفي إسلامه بنفسه.

فأما إسلامه بإسلام غيره، فإنه يصح، ويكون فيه تبعًا، وذلك الغيرُ أبواه أو

---

(١) في (ص): «مسلمًا نصرانيًا».

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٧).

أحدهما، والسابي، والدار.

فأما أبواه فإذا أسلما حكم بإسلامه بإسلامهما، وهذا لا خلاف فيه، وكذلك عند الشافعي إذا أسلم أحدهما إما الأب أو الأم، وقال مالكٌ: يكون تبعًا للأب في الإسلام، ولا يكون تبعًا للأم.

واحتج من نصره بقولِهِ تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَٱتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُم بِإِيمَٰنٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ﴾ وهذه حكاية عن الذكور، فجعل الذرية تبعًا لهم، فدل علىٰ أنها لا تكون تبعًا للإناث.

ولأن الولد إذا تبع أحدَ الأبوين في حكم، لم يتبع الآخرَ فيه، ألا ترىٰ أنه لما تبع الأم في الحرية والرق، فكان ولد الحرة حرًّا سواء كان زوجها حرًّا أو رقيقًا، [وكان ولد الأمة مملوكًا، سواء كان زوجها حرًّا أو رقيقًا][1]، ولم يتبع الأبَ في شيء من ذلك، فكذلك لما تبع الولدُ الأبَ في الإسلام وجب أن لا يتبع الأم فيه.

ودليلُنا قوله ﷺ: «**كلُّ مولودٍ يُولد على الفِطرة، فأبواه يهوِّدانِه، وينصِّرانِه، ويمجِّسانِه**»[2] فجعل التهويدَ والتنصيرَ والتمجيسَ إليهما، ولم يجعله إلىٰ أحدهما، وهذا بخلاف الخبر؛ ولأن الأم أحد الأبوين فيتبعها الولدُ في الإسلام كالأب، ولأنه لما تبعها في الإسلام قبل الانفصال فكذلك بعد الانفصال، كما نقول في الأب؛ ولأن الولد من الأم متحقق، وهو من الأب بالاستدلال والظاهر، ثم إذا تبع الأب في الإسلام، فأولىٰ أن يتبع الأم فيه.

فأما الآية فلا حجة فيها؛ لأنه حكىٰ ذلك لخطاب الذكور، لأن المذكر والمؤنث إذا اجتمعا غُلِّب المذكر، كما قال الله تعالىٰ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ

---

(١) ليس في (ق).

(٢) أخرجه البخاري (١٣٨٥)، ومسلم (٢٦٥٨).

ءَامَنُواْ﴾ وهذا خطاب للذكور والإناث، ولكنه غلب التذكير لما اجتمعا.

وأما دليلُهم الثاني، فالجوابُ عنه: أن الولد يتبع الأب في الحرية في الاستيلاد في الملك، فهو يتبعها تارة (ولا يتبعها)[1] أخرىٰ، ثم يبطل بالحمل لأنه يتبع كلَّ واحد من أبويه في الإسلام.

هذا إذا أسلم أبواه وهو صغير، أو أحدُهما، فإن كانا أسلما أو أحدُهما وهو بالغ، فلا يخلو من أن يكون قد بلغ مجنونًا أو عاقلًا ثم جُن، فإن كان قد بلغ عاقلًا، فقد انفرد بحكمه، فلا يتبع أحدًا من أبويه في الإسلام، وإن بلغ مجنونًا تبعهما؛ لأنه غير مكلف فهو كما لو كان صغيرًا، وإن كان قد بلغ عاقلًا ثم جُنَّ، فالمذهبُ أنه يتبعهما، ومِن أصحابِنا مَن قال: لا يتبعهما؛ لأنه لما بلغ وهو عاقل انفرد حكمه، وخرج من أن يكون تبعًا لهما، وهذا غير صحيح؛ لأنه إذا بلغ وهو مجنونٌ كان تبعًا لهما؛ لأنه غير مكلف، فإذا جُنَّ بعد أن بلغ عاقلًا، فقد عاد المعنىٰ، فعاد حكمه، وهذا كما نقول إذا بلغ مبذِّرًا لماله لم يسلَّم ماله إليه، ولو بلغ مصلحًا له وسُلِّم إليه ثم عاد مبذرًا عاد الحجْرُ عليه، لأن المعنىٰ عاد فعاد حكمه.

وأما السابي فقد ذكرنا حكمَه في السير، وجملتُه أنه إن كان مع المسبي أبواه أو أحدهما فهو علىٰ دينهما، وإن ماتا بعد ذلك بقي علىٰ دينهما، ولا يتبع السابي، وإن كان سبي وحده تبع السابي في الإسلام.

وأما الدارُ فعلى ضربين؛ دارُ الإسلام، ودارُ شرك.

فأما دار الإسلام، فالبلادُ فيها علىٰ ثلاثة أضرب:

بلدٌ اختطَّه المسلمون كالكوفة، والبصرة، وبغداد، فإذا وجد اللقيط فيه حكم بإسلامه.

---

(١) في (ص): «ويتبعها» وهو غلط.

والضربُ الثاني: بلدٌ وقع الصلح عليه علىٰ أن تكون لنا، ويقرُّون فيه ببذل الجزية، أو علىٰ أن تكون لهم، ويقرون ففيه ببذل الجزية، فإن كان فيه مسلم واحد فأكثر حُكم بإسلام اللقيط؛ لأنه يجوز أن يكون من ذلك المسلم فيغلب الإسلام؛ لأن النبيَّ ﷺ قال: «**الإسلام يعلو ولا يعلى**»(١).

والضربُ الثالث: بلدٌ كان للمسلمين فغلبهم الكفار عليه، مثل: طرسوس، والمِصِّيصة، فإن كان فيه مسلمٌ واحد فأكثر حُكِم بإسلام اللقيط، وإن لم يكن فيه مسلم حُكم بكفره، وقال أبو إسحاق: يُحكم بإسلامه؛ لأن الغالب أن المسلمين لا ينجلي جميعهم عن ذلك البلد بحيث لا يبقىٰ فيه منهم أحد، فيجوز أن تكون فيه جماعة ولا يظهرون الإسلام تقية.

وأما بلادُ الشرك، فإذا وُجد الصبي فيها، نُظِر، فإن لم يكن بها أحدٌ من المسلمين حُكم بكفره، وإن كان بها قومٌ من المسلمين ففيه وجهان؛ أحدهما: يُحكم بإسلامه؛ لأنه يجوز أن يكون من بعض أولئك المسلمين، والثاني: يُحكم بكفره، اعتبارًا بالدار؛ لأنها دار كفر(٢).

إذا ثبت هذا، فكلُّ من حكمنا بإسلامِه، فما لم يبلغ فأحكامُه أحكامُ

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣٦٢٠) والبيهقي (١٢١٥٥) عن عائذ بن عمرو المزني رضي الله عنه.

(٢) قال الشافعي في بعض مجاري كلامه إنه إذا نطق صبي مميز من صبيان الكفار بالإسلام وظهر لنا إضماره الإسلام نحول بينه وبين الكفار .. وهذا الذي ذكره الشافعي مما اختلف أصحابنا فيه تفريعًا علىٰ مذهبه الصحيح، فقال بعضهم: هذه الحيلولة محتومة فعلىٰ هذا للفظه بالإسلام حكم، وهو اقتضاء إيقاع الحيلولة ومن أصحابنا من قال: هذا الذي ذكره الشافعي محمولٌ علىٰ أنا نتوصل إلىٰ ذلك برفق، ونستعطف فيه والدي الصبي، فإن أبيا، لم نحل بينه وبين والديه؛ فإن لفظ الصبي في ذلك لا حكم له، وكان شيخي يحكي عن الأستاذ أبي إسحاق أنه قال: من مات من صبيان الكفار، لم نقطع له بالفوز في الآخرة، وأمر أطفال الكفار علىٰ تردد بين في الأخبار، وليس الخوض فيه من مناصب الفقه؛ فإن الفقه لا يتعدىٰ أحكام الدنيا.. النهاية (٨/ ٥٢٠- ٥٢١).

المسلمين فيما له وعليه، وإن بلغ ووصف الإسلام، فكذلك أيضًا، وأما إذا بلغ ووصف الكفر، فهل يقبل منه أم لا؟ يُنْظر؛ فمن حكمنا بإسلامه بإسلام أبويه أو أحدهما أو السابي، فالذي نص عليه الشافعي [في كتاب المرتد الكبير أنه لا يقر عليه، ويقتل بالردة، ومن حكمنا بإسلامه بالدار، فالذي نص عليه الشافعي](١) أنه قال: لا يتبين لي أن أقتله، ولا أجبره علىٰ الإسلام، فقال أبو إسحاق بظاهرهما، وفرق بينهما.

ومِن أصحابِنا مَن قال: فيه وجهان؛ **أحدهما**: لا يُقَرُّ عليه، ويُقتل بالردة؛ لأَنَّا حكمنا بإسلامه ثم وصف الكفر بعد ذلك، فهو كمن حُكم بإسلامه بإسلام أبويه، **والثاني**: لا يُقتل، ويُقر علىٰ كفره؛ لأنه لم يُحكم بإسلامه ظاهرًا وباطنًا، ألا ترىٰ أنه إذا ادعاه كافرٌ وأقام البينة علىٰ أنه ابنه، رُدَّ إليه، وحُكم بكفره، ويفارق من حكم بإسلام أبويه؛ لأن ذلك محكومٌ بإسلامه ظاهرًا وباطنًا، وكذلك يفارق المسبي لأَنَّا حكمنا بإسلام السابي مع علمنا بأن أبويه كافران.

وإن قتله مسلمٌ، فإن كان قبل البلوغ، قُتِل به قصاصًا، وإن كان بعد البلوغ وبعد وصْفِ الإسلام فكذلك، وإن كان قد بلغ وسكت، ولم يصف الإسلام فهل يقتل به أم لا؟ ينظر، فإن كان محكومًا بإسلامه بإسلام أبويه أو أحدهما أو السابي ففيه وجهان، وإن كان محكومًا بإسلامه بالدار، فإن قلنا: لا يقتل من حكم بإسلامه بإسلام أبويه أو أحدهما أو السابي، فهذا أولىٰ؛ لأن الشبهة آكد فيه، وإن قلنا إن هناك يقتل به فهاهنا علىٰ وجهين.

إذا ثبت ما ذكرناه، فمن بلغ من هؤلاء، ووصف الكفرَ، وقلنا لا يُقتل، فإنه يُنْظر، فإن كان الكفرُ الذي وصفه يُقَرُّ أهلُه عليه ببذل الجزية، فإنه يُخَير بين الإسلام وبين الذمة، والتزام الجزية، وبين الخروج إلىٰ دار الحرب، وإن

(١) ليس في (ق).

كان لا يُقَرُّ أهلُه عليه ببذل الجزية، خُيِّر بين أمرين؛ بين الإسلام وبين الخروج إلىٰ دار الحرب.

هذا كله فيمن يُحكم بإسلامه تبعًا للغير، فأما إذا أسلم بنفسه، فإنه يُنْظر، فإن كان مجنونًا لم يصح؛ لأنه لا حكم لكلامه[١]، وإن كان عاقلًا مميزًا، فالذي نص عليه الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ: أنه لا يُحْكم بإسلامه، ولا يصحُّ إسلامُه إن أسلم، وهو قولُ زفر[٢].

ومِن أصحابِنا مَن قال: يُراعىٰ أمره، فإن بلغ ووصفَ الإسلامَ تبينا صحةَ إسلامه من ذلك الوقت، وإن وصف الكفرَ تبينا أن إسلامَه لم يصح، وعلىٰ هذا يدلُّ كلامه في الظهار.

ومِن أصحابِنا مَن قال: يصحُّ إسلامُ الصبي، وهو قولُ أبي حنيفة، وأبي يوسف، ومحمد[٣].

واحتج من نصر ذلك بأن عليًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أسلم وهو صبيٌّ، فأجمع المسلمون

---

(١) أما المجانين، فلا شك أنه لا يتصور إسلامهم بأنفسهم؛ إذ لا عبارة لهم، ولا حكم لنطقهم. ذكره الإمام في النهاية (٨/ ٥٢٠).

(٢) أما الصبيان، فإن لم يكونوا مميزين، فهم كالمجانين في أنه لا يصح الإسلام بعبارتهم، وإن كانوا مميزين، فالمذهب المشهور الذي عليه التعويل أنه لا يصح منهم الإسلام بعبارتهم. ذكره الإمام في النهاية (٨/ ٥٢٠).

(٣) قال الإمام في النهاية (٨/ ٥٢٠): وذكر أصحابنا مع ذلك وجهين أخرين: أحدهما - أن الإسلام يصح من الصبي المميز العاقل، كما يصح من البالغ، وهذا مذهب أبي حنيفة [مختصر الطحاوي (ص ٢٦٠)، والمبسوط (١٠/ ١٢٠)، ومختصر اختلاف العلماء (٣/ ٤٩٠)]، والوجه الثاني - أن الإسلام الذي أعرب عنه في صباه موقوف؛ فإن بلغ وأعرب عن نفسه بالإسلام، أسندنا حكم إسلامه إلىٰ وقت تلفظه به في صباه، وإن أعرب عن نفسه بالكفر لما بلغ، تبينا أنه لا حكم للفظه السابق في صباه، وهذان الوجهان غير معدودين من متن المذهب، والمنصوص عليه لصاحب المذهب قديمًا وجديدًا أنه لا اعتبار بلفظ الصبي بالإسلام، ووجوده وعدمه بمثابة.

علىٰ صحةِ إسلامِهِ، وقد عُد ذلك من مفاخِرِه، فقال[١]:

سبقتُكم إلى الإسلام طُرًّا غلامًا ما بلغتُ أوانَ حُلْمي

ولأنه يعقلُ معنىٰ ما يقوله، فصح إسلامُه كالبالغ.

وقال بعضُ المعتزلة من أصحابِهِم[٢]: إن الصبي الذي ميَّز وعقل حرُم عليه أن يجهلَ اللهَ تعالىٰ ووجب عليه معرفتُه، فيصير في معنىٰ البالغ، والبالغُ يصحُّ إسلامُه، فكذلك إسلام الصبي[٣].

ودليلُنا قول النبي ﷺ: «**رُفِع القلمُ عن الصبيِّ حتى يحتلِمَ**»[٤]، ورفْعُ القلم عنه يقتضي أنه لا حُكْم لكلامِه، ولأنه لا يُقتل بردتِهِ، فلم يصح إسلامُه كالمجنون، [ولأنه غير مكلَّفٍ بأحكام الشرع، فهو كالصبي الذي ليس بمميز كالمجنون][٥]؛ ولأنه لا يصح طلاقُه وعتاقُه وعقودُه، فلم يصح إسلامُه، ولأنه يتبعُ غيره في الإسلام، فلم يصح إسلامُه بنفسه، أصله: ما ذكرنا.

فأما الجوابُ عن حديثِ علي رضي الله عنه، فهو أنه قد روي أنه أسلم وهو بالغ، فروىٰ أحمد بن حنبل رحمه الله في «فضائل الصحابة»[٦] عن قتادة رضي الله عنه عن

---

(١) أخرجه البيهقي (١٢١٥٩) وابن المغازلي في مناقب علي (٤٥٨).

(٢) يعني من أصحاب أبي حنيفة وصاحبيه، فقد ذهب جمهور مشايخ الحنفية إلىٰ أنه تعالىٰ لو لم يبعث إلىٰ الناس رسولًا لوجب عليهم بعقولهم معرفة وجوده تعالىٰ ووحدته واتصافه بما يليق، كما ذكره عبد الرحيم بن علي الشهير بشيخ زادة في نظم الفرائد ص ٣٥.

(٣) وهذا مشيًا علىٰ قولهم أن معرفة الله تجب بالعقل قبل ورود السمع، وهو قول الماتريدية، وذكروا أن الماتريدي أوجب معرفة الله تعالىٰ بالعقل علىٰ الصبي العاقل.

(٤) أخرجه أبو داود (٤٤٠١) عن علي رضي الله عنه.

(٥) ليس في (ص).

(٦) فضائل الصحابة (٩٩٨).

الحسن أن عليًّا رضي الله عنه أسلم وله خمسَ عشرةَ سنة، أو ستَّ عشرةَ سنة. وروي عن محمد ابن الحنفية قال: قُتل أبي وهو ابن ثلاث وستون سنة[1]، وإذا كان كذلك وجب أن يراعىٰ الحساب، ولا شك أن قتل علي رضي الله عنه كان سنة أربعين من الهجرة النبوية.

واختلفوا في مقام النبي ﷺ بمكة بعد المبعث، فقيل: ثلاث عشرة سنة، وقيل: عشر سنين[2]، وإسلامُ عليٍّ إنما كان بعد المبعث، فعلىٰ هذا يكون قد أسلم وهو ابن ثلاثَ عشرةَ سنة، إن كان مدة إقامة النبي ﷺ بمكة ثلاثَ عشرةَ سنة، ومن له عشر سنين، يجوز أن يبلغ بالاحتلام.

فإن قالوا: فهذا يرده الشعرُ الذي روينا؛ لأنه قال: «ما بلغتُ أوانَ حلمي».

قلنا: بيِّنوا أولًا أن هذا الشعر من قول عليٍّ حتىٰ يصحَّ لكم ما ذكرتموه؛ علىٰ أن أكثر ما فيه أنه أسلم قبل الحلم وعُدَّ ذلك من مفاخره، وكذلك نقول: إن الصبي الذي يصف الإسلام قبل البلوغ أفضلُ من غيره ممن لم يصفه، ولم يصلِّ ولم يصم؛ لأن ذلك يدلُّ علىٰ نجابته، ولا يدلُّ إطلاق ذلك علىٰ أن إسلامه قد صحَّ وتعلقتْ به أحكامُ الشرع، ألا ترىٰ أنه يقال: هذا الصبيُّ قد أحرم، وقد حج وصام وصلىٰ، فيطلق ذلك عليه، ولا يصح عندكم صلاتُه ولا صيامُه ولا حجُّه، ويُعد ذلك مع هذا من نجابته.

وأما قياسُهُم على البالغ، فيبطل بالطلاق، والعتاق، والإحرام بالحج؛ لأنه يعقل معنىٰ ذلك ولا يصح شيءٌ منه.

(١) أخرجه ابن سعد (٥/ ١١٥) والحاكم (٤٦٩٦).

(٢) ينظر جامع الآثار في السير ومولد المختار (٤/ ١٦٦).

وأما الذي ذكره بعضُ المعتزلة منهم[١]، **فالجوابُ عنه:** أنَّا لا نسلِّمه، ومن مذاهب أهل الحق أنه لا يتوجه عليه وجوبُ معرفة الله تعالىٰ ولا يحرمُ عليه الجهالة به إلا بعد البلوغ، ثم ليس إذا عقل ذلك ينبغي أن يلزمه كما يعقلُ معاني العبادات ولا تلزمه.

فإن قالوا: لأن تلك شرعية، ومعرفة الله عقلية.

قلنا: ومعرفة الله تعالىٰ ما وجبتْ إلا بالشرع، ولو أخلىٰ الله الأزمان عن الشرائع، لم تجب المعرفة، فثبت أنه لا فرق بينهما[٢].

◆ مَسْألةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَرَادَ الَّذِي الْتَقَطَهُ الظَّعْنَ بِهِ، فَإِنْ كَانَ يُؤْمَنُ أَنْ يَسْتَرِقَّهُ، فَذَلِكَ لَهُ، وَإِلَّا مُنِعَهُ)[٣].

وهذا كما قال.. إذا أراد الملتقِطُ أن يظعن لتجارة، أو زيارة، أو سفر من الأسفار، ويظعن باللقيط معه، نُظِر، فإن كان يؤمَن أن يسترقه فكذلك هذا

---

(١) ذهب كثير من أهل الكلام من المعتزلة والماتريدية والأشعرية ومن وافقهم من أصحاب المذاهب الأربعة إلىٰ أن معرفة الله لا تحصل إلا بالنظر، وذهب بعضهم إلىٰ أن معرفة الله تحصل ضرورة في قلوب العباد، فالله تعالىٰ يبتدي تلك المعرفة اختراعًا في قلوب العقلاء البالغين من غير سبب يتقدم ومن غير نظر، وهذا قول كثير من أهل الكلام والصوفية والشيعة وغيرهم، كما يحكىٰ عن بعض المعتزلة، وقيل إن معرفة الله يمكن أن تقع ضرورةً، ويمكن أن تقع بالنظر، وهذا قول أهل السنة، وهو قول جمهور طوائف المسلمين، وقال به جماعة من المتكلمين، ومنهم: الغزالي، والرازي، والآمدي وغيرهم.

(٢) في قصر المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ معرفة الله علىٰ الشرع فقط نظر، والصواب في هذه المسألة أن وجوب معرفة الله تعالىٰ ثابت بالعقل والسمع، والله أعلم، ومحل هذه المسألة في شرحي علىٰ كتاب الإبانة للأشعري، يسر الله إتمامه.

(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٧).

الملتقط، وإن كان لا يؤمن أن يسترقه، لم يكن له الطعن به.

فإن قيل: هذا التفريع لا يجيء علىٰ قول الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ لأن عنده إذا كان بحيث لا يؤمن أن يسترقه، فإنه ينتزع من يده، وهذا التقسيم الذي ذكره يخالف ذلك، فهو مناقضة.

قلنا: ليس كذلك، فإن العدالة علىٰ ضربين؛ مخبورة، وغير مخبورة، فيقره في يده بأي العدالتين كانت، ولا يمكِّنه من المسافرة به إلا أن تكون عدالته مخبورة.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَجِنَايَتُهُ خَطَأً عَلَى جَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ، وَالْجِنَايَةُ عَلَيْهِ عَلَى عَاقِلَةِ الْجَانِي)[١] الفصل إلى آخره.

وهذا كما قال.. تكلم الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ علىٰ جناية اللقيط، والجناية عليه، فأما إذا جنىٰ هو، فإن كان بالغًا وكانت الجناية خطأً، فالأرش في بيت المال؛ لأنه لو مات لنقل ماله إلىٰ بيت المال إرثًا، فكذلك إذا قتل خطأً، كان أرش جنايته فيه.

وإن كان عمدًا، فالمجني عليه بالخيار، إن شاء عفا، وإن شاء اقتص، [فإن اقتص][٢] منه فقد استوفي حقه، وإن عفا وجب الأرش مغلظًا في ذمته، ويتبع به إذا أيسر.

وإن كان جنىٰ قبل البلوغ، فإن كان خطأً فعلىٰ ما ذكرنا، وإن كان عمدًا ففي عمد الصبي قولان؛ فإن قلنا: إن عمدَه عمدٌ، ففي ذمته الدية يتبع بها إذا

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٧).

(٢) ليس في (ص).

أيسر، وإن قلنا: إن عمده بمنزلة الخطأ، ففي بيت المال.

فأما إذا جنىٰ عليه، فإن كان قتلًا، ثبت للإمام أو الحاكم الخيار، فإن رأىٰ أن يقتص، اقتص؛ لأن في ذلك مصلحة، وهو أن يحقن به دماء الملقوطين، وإن رأىٰ أن يأخذ الدية فعل.

وإن كانت الجناية علىٰ طرف، نُظِر، فإن كان للقيط مال، ترك حتىٰ يبلغ، فإن شاء بعد ذلك اقتص، وإن شاء عفا، وأخذ المال، فإن لم يكن له مال، نُظِر، فإن كان معتوهًا كان للإمام أو الحاكم أن يعفو عن القصاص علىٰ مال، وينفق عليه منه، وإن لم يكن معتوهًا ترك حتىٰ يبلغ.

والفرقُ بينهما، أن العته لا حدَّ له معلومًا، وربما استغرق جميعَ العمر، فلا يجوز أن يجعل أمر الجناية موقوفًا علىٰ ما لا يُعرف انتهاؤه، وليس كذلك الصغر؛ لأن له حدًّا معلومًا فيمكن أن يجعل أمر الجناية موقوفًا علىٰ زواله، وهذا كما قلنا في تزويج الأب بنته الصغيرة الثيب إذا كانت معتوهة، كان له تزويجها، وإذا كانت عاقلة لم يجز، والله أعلم بالصواب.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال الشافِعِيُّ ﷺ: (وَلَوْ قَذَفَهُ قَاذِفٌ لَمْ أَحِدَّ لَهُ حَتَّى أَسْأَلْهُ، فَإِنْ قَالَ أَنَا حُرٌّ حَدَدْتُ قَاذِفَهُ، وَإِنْ قَذَفَ حُرًّا حُدَّ)[١].

وهذا كما قال.. إذا قذف اللقيطُ رجلًا عفيفًا يجب الحدُّ بقذفه، نُظِر؛ فإن كان صغيرًا لم يجب عليه الحدُّ، ولكن تُفْرَكُ أذنه حتىٰ لا يعود لمثله، وإن كان قد بلغ لزمه الحدَّ.

وإن قذفه قاذف وهو صغير، لم يلزمه الحدُّ، ويُعَزر، وإن كان قد بلغ

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٧).

رجع إلىٰ القاذف، فإن قال: «هو حر»، لزمه الحد، وإن قال «هو عبد»، رجعنا إلىٰ المقذوف، فإن قال: «أنا عبدٌ» (لم يلزمه)(١) الحد ويُعَزر، وإن قال: «أنا حر»، فقد ذكر الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ هنا أن القولَ قولُه، وذكر في اللعان أن القولَ قولُ القاذف.

فإن قلنا إن القولَ قولُ اللقيط، فوجهُهُ شيئان؛ **أحدهما**: أنا قد حكمنا بحريته بظاهر الدار، وإسلامه، والأصل فيه العفة فوجب أن يلزم الحد قاذفه، **والثاني**: أنه لما وجب القصاص بالجناية عليه بالقطع والقتل، فكذلك وجب الحد بقذفه.

وإن قلنا: إن القولَ قولُ القاذف، فوجهه: أن الحكم بحريته من طريق الظاهر، ويحتمل أن يكون رقيقًا، ألا ترىٰ أنه إذا ادعىٰ رقه رجلٌ وأقام البينة حُكم له بذلك، وإذا كان محتملًا ذلك لم يجب الحدُّ؛ لأن الحدود تُدرأ بالشبهات.

فإن قيل: فكيف خرَّجتم حدَّ القاذف علىٰ قولين، وقلتم في الجناية عليه إذا اختلفا في رقه يكون القولُ قولَ المجني عليه؟

[**فالجوابُ**: أن مِن أصحابِنا مَن خرَّج في الجناية قولين كالقذف، ومنهُم مَن فرَّق بينهما، فقال: القولُ قولُ المجني عليه](٢) قولًا واحدًا، والفرقُ بينهما من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الحد للردع والزجر، وهذا المعنىٰ يحصلُ بالتعزير؛ لأنه من جنسه، والقصدُ من القصاص التشفي، ودَرَكُ الغيظ، وذلك لا يحصل إلا بالقصاص.

---

(١) في (ص): «لزمه».

(٢) ليس في (ق).

والثاني: أنَّا إذا عزرناه ولم نحدَّه رجعنا إلىٰ اليقين؛ لأن التعزير بعضُ الحد وهو متيقن، وإنما الزيادة عليه إلىٰ تمام الحد مشكوك فيها، فقدرُ التعزير متيقن بكل حال، وليس كذلك في القصاص؛ لأنَّا إذا أخذنا ديته، لم نرجع إلىٰ يقين، فلهذا أوجبنا القصاص.

والثالث: أن القصاصَ آكدُ ثبوتًا من حدِّ القذف، ألا ترىٰ أنه يجب لغير العفيف علىٰ العفيف، ويجب للصغير علىٰ الكبير، وحدُّ القذف لا يجب لغير العفيف علىٰ العفيف، ولا يجب للصغير علىٰ الكبير.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَا وَلَاءَ عَلَيْهِ كَمَا لَا أَبَ لَهُ، فَإِنْ مَاتَ، فَمِيرَاثُهُ لِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ)[١].

وهذا كما قال.. معنىٰ قوله: «لا ولاء له»، لا ولاء عليه للملتقط، وحروف الصفات، يقوم بعضها مقام بعض، قال الله تعالىٰ: ﴿أُولَٰٓئِكَ لَهُمُ ٱللَّعۡنَةُ وَلَهُمۡ سُوٓءُ ٱلدَّارِ﴾ أي: عليهم اللعنة، وقال: ﴿إِنۡ أَحۡسَنتُمۡ أَحۡسَنتُمۡ لِأَنفُسِكُمۡۖ وَإِنۡ أَسَأۡتُمۡ فَلَهَا﴾، والإساءة إنما تكون عليها.

إذا ثبت هذا، فإن الوَلاءَ لا يثبت للملتقِطِ علىٰ اللقيط، وإذا مات كان ماله ميراثًا للمسلمين، فينقل إلىٰ بيت المال ميراثًا.

ومن الناس من قال يثبت له عليه الولاء، واحتج بما روىٰ أبو داود في سننه بإسناده[٢] أن النبيَّ ﷺ قال: «**تحوزُ**[٣] **المرأةُ مواريثَ ثلاثة: عتيقَها، ولقيطَها، والولدُ الذي لاعنت عليه**»، فجعل للمرأة جميع ميراث اللقيط، فدل

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٧).

(٢) سنن أبي داود (٢٩٠٦).

(٣) عند أبي داود: «تحرز».

علىٰ ثبوت الولاء، وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال في قصة المنبوذ الذي أتاه به أبو جميلة: هو حر، ولك ولاؤه، وعلينا نفقته(١).

ودليلُنا قوله ﷺ: **«إنما الولاء لمن أعتق»**(٢) و(إنما) لا تصلح إلا للحصر كما قال الله تعالىٰ: ﴿إِنَّمَا ٱللَّهُ إِلَٰهٌ وَٰحِدٌ﴾؛ ولأن الإرث إنما يثبت بأحد الأسباب الثلاثة إما بالنكاح، أو بالنسب، أو بولاء يثبت بالعتق، وليس هاهنا واحد منها؛ ولأن الأصل أنه لا ولاء عليه، ولا يرث ماله، فمن ادعىٰ ذلك فعليه الدليل.

فأما الذي ذكروه من الخبر، فالجوابُ عنه أنه إذا ثبت نسبه، لم يثبت لمن وجده الولاء عليه بالإجماع، وذلك يدل علىٰ أن الخبر منسوخ الحكم في اللقيط، أو تناوله علىٰ أنها إذا كانت محتاجة، كان الصرف إليها أولىٰ، كما قلنا في ذي محارم الميت أن صرف ماله إليهم أولىٰ إذا كانوا محتاجين.

وأما حديث عمر رضي الله عنه **فالجوابُ عنه** أنه أراد به الولاء في التربية والحضانة، دون ولاء الميراث.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رحمه الله: (وَلَوْ ادَّعَاهُ الَّذِي وَجَدَهُ أَلْحَقْته بِهِ، فَإِنْ ادَّعَاهُ آخَرُ أَرَيْتُه الْقَافَةَ، فَإِنْ أَلْحَقُوهُ بِالْآخَرِ أَرَيْتُهُمْ الْأَوَّلَ، فَإِنْ قَالُوا إِنَّهُ ابْنُهُمَا، لَمْ نَنْسُبْهُ إِلَى أَحَدِهِمَا، حَتَّى يَبْلُغَ، فَيَنْتَسِبَ إِلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا، وَإِنْ لَمْ يُلْحَقْ بِالْآخَرِ فَهُوَ ابْنُ الْأَوَّلِ)(٣).

وهذا كما قال.. تكلم الشافعي رحمه الله في دعوىٰ نسب اللقيط، وجملتُه أنه

(١) أخرجه مالك (٢/ ٧٣٨) - وعنه الشافعي (ص ٢٢٥) - وعبد الرزاق (١٣٨٣٨).
(٢) أخرجه البخاري (٤٥٦)، ومسلم (١٥٠٤).
(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٧).

لا يخلو من أربعة أحوال: إما أن يدعيه الملتقِطُ، أو يدعيه رجلٌ أجنبيٌّ، أو يدعيه أجنبيان، أو يدعيه الملتقِطُ وأجنبي.

فإن ادعاه الملتقط، حُكم له بنسبه؛ لأن المقر به مجهول النسب، ويمكن أن يكون من المقر، وإقراره به لا يعود بضرر علىٰ غيره، فلهذا حكم بثبوت نسبه.

وإنما شرطنا أن يكون مجهول النسب؛ لأنه إذا كان معلوم النسب، لم يصح الإقرار بنسبه.

وإنما شرطنا الإمكان، لأنه إذا أقر بولد لا يمكن أن يكون منه، مثل أن يكون هو ابن عشرين سنة، فأقرَّ به وهو ابن ثلاثين سنة، لم يصح إقراره، لأنه لا يمكن أن يكون ولدًا له.

وإنما شرطنا أن يكون إقراره به، لا يعود بضرر علىٰ غيره؛ لأنه إذا عاد بضرر علىٰ غيره، لم يُقبل، ألا ترىٰ أن الرجل إذا أقر بنسب عبدٍ لغيره، لم يصح إقراره بنسبه، لأنه يعود بضرر علىٰ سيد العبد، لأنه إذا ثبت النسب، كان الميراث للأب دون السيد.

فإن ادعاه أجنبي، وأقر بنسبه، ثبت نسبه لما ذكرنا، فإذا ثبت نسبه انتُزِع من يد الملتقط، وسُلِّم إليه؛ لأنه إنما جعل الملتقط أحق به من غيره، لأن أباه لم يتعين فلما أقر به تعين، فكان أحق به، ولأنه أشفق علىٰ ولده من غيره.

فأما إذا ادعاه أجنبيان، لم يخْلُ من أحد ثلاثة أحوال؛ إما أن يكون لهما بينة، أو لا بينة لواحد منهما، أو لأحدهما بينة.

فإن كانت لهما بينة، ففيه وجهان؛ أحدهما: أنهما تتعارضان، والثاني: تستعملان.

فإن قلنا: تتعارضان وتسقطان، فالحُكْمُ فيه كأن لم تكن بينةٌ علىٰ ما

بيناه، وإن قلنا: تستعملان، ففي كيفية الاستعمال ثلاثة أقاويل: أحدها: القسمة، والثاني: الوقف، والثالث: القرعة.

ولا تجيءُ القسمةُ لأنه لا يمكن قسمته.

ولا يجيءُ الوقفُ لمعنيين؛ أحدهما: أن الوقف إنما هو لما يرجىٰ من اصطلاح المتنازعين علىٰ تسليم أحدهما للآخر، وقصد الخصومة، وهذا لا يمكن في النسب، والثاني: أن الوقف إنما هو علىٰ التأبيد، وفي ذلك إضرارٌ بالطفل وإسقاطٌ لحضانته، وذلك لا يجوز.

وأما القرعةُ، فإنها لا تدخل أيضًا؛ لأنها لا تدخل في الأنساب، [وقال بعض أصحابنا: إنها تدخل في الأنساب][1] وأخطأ في ذلك.

فأما إذا أقام أحدُهما بينة، حُكم له دون الآخر؛ لأن البينة أقوىٰ من مجرد الدعوىٰ، وإن لم تكن لواحد منهما بينة فإنه يعرض علىٰ القافة، فإن ألحقوه بهما أو لم يلحقوه بواحد منهما أو لم تكن قافة، تُرك حتىٰ يبلغ، فينتسب إلىٰ أيهما شاء.

وأما إذا تنازع فيه الملتقط وأجنبي، فإنه يُنظر، فإن لم يكن قد حُكم بنسب الملقوط للملتقط، كان الحُكْمُ فيه كما ذكرنا في الأجنبيين، وإن كان قد ادعاه قبل ذلك، وحُكم له به، فإن أقام الأجنبي بينة، كان أولىٰ فإن قال الملتقط: «أنا أقيم أيضًا بينة»، فأقام بينة علىٰ ذلك، ففيه قولان؛ أحدهما: تتعارض البينتان، فتسقطان، والثاني: تستعملان، وحُكْم الاستعمال علىٰ ما ذكرنا.

فإن قيل: هلا قدمتم بينة الملتقط؛ لأن اليد قد انضافت إليها؟

قيل: اليد لا تثبت علىٰ الأنساب، فلهذا قُدِّمت البينة باليد في الأموال، ولم تقدم في الأنساب، ألا ترىٰ أن المال يُملك بالحيازة باليد ولا يثبت

---

(١) ليس في (ص).

النسب بالحيازة باليد، فبان الفرقُ بينهما.

وإن لم يكن للأجنبي بينة، قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: عرضتُ الطفل [مع الأجنبي][١] علىٰ القافة؛ لأنه ملحق بالملتقط بإقراره، ودعواه، فإن ألحقوه به حينئذٍ عرضتُه عليهما، فإن ألحقوه بهما أيضًا وقف الأمر حتىٰ يبلغ.

فإن قيل: هلا قدمتم إلحاق القافة بالملتقط علىٰ إلحاقهم بالأجنبي، لأن الحكم السابق قد انضاف إليه؟

قلنا: ذلك الحكم قد بطل بإلحاقهم إياه بالأجنبي.

إذا ثبت أن الأمر يقف حتىٰ يبلغ، فإذا بلغ حينئذٍ انتسب إلىٰ أحدهما، علىٰ حسب ما يميل إليه طبعُه، ويجده في نفسه.

فإن قيل: هلا قلتم: يوقف الأمر حتىٰ يبلغ سبع سنين، كما قلتم في تخيير الصبي إذا وقع الفراقُ بين أبويه؟

قلنا: لأن ذلك ليس بتخيير إلزام[٢]؛ لأن الصبي إذا اختار كونه مع الأب ثم بدا له واختار الأم رُدَّ إليها، وفي مسألتنا تخيير إلزام؛ لأنه إذا انتسب إلىٰ أحدهما لزم النسب من جهته، فإذا رجع بعد ذلك، لم يقبل رجوعه، فلهذا راعينا فيه البلوغ.

قال أبو علي رَحِمَهُ اللهُ في «الإفصاح»: إذا لحقه نسب بالفراش، ثم ادعاه رجل لم يسمع فيه القافة؛ لأن ذلك النسب ثابتٌ بالفراش بنصِّ السنة، وأجمع المسلمون عليه، وكذلك إن أقام أحدُهما بينة، وأقام الآخر قافة، قدمت البينة؛ لأنه متفق عليها، والقافة مختلف فيها، والله أعلم بالصواب.

---

(١) ليس في (ق).

(٢) كذا! وكأن تمام الكلام: «قلنا لا نقول بهذا؛ لأن ذلك ليس بتخيير إلزام».

• فَصْلٌ •

إذا تنازع رجلان نسب لقيط، فوصف أحدُهما علامة باللقيط، مثل أن يقول: «في ظهره شامة»، أو «في صدره خال»، ونحو ذلك، لم يُقدم علىٰ الآخر، وقال أبو حنيفة: يُقدم بذلك علىٰ الآخر؛ لأنه يدلُّ علىٰ أنه آكد يدًا منه، وتُقدم اليد بالعلامة، كما إذا اختلف الزوجان في متاع البيت.

وهذا غلط؛ لأنه وصفُ أحد المتداعيين للمدعىٰ، فلا يوجب تقديمه، كما إذا اختلفا في اللقطة، وكذلك في سائر الدعاوي، فإن قول أحدهما لا يُقدم بما ذكروه من وصف ما يدعيه.

والجوابُ عما ذكره أبو حنيفة هو أن اليد لا اعتبار بها في الدعوىٰ؛ لأنه لو كان في يد أحدهما، لكانا في ادعائه سواء، ولأن قول المدعي ووصفه لا يدل علىٰ أنه محِقٌّ في دعواه كما قلنا في سائر الدعاوي؛ لأنه يجوز أن يكون قد سمع ذلك من غيره، فحفظه عنه، فبطل ما قاله.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ ادَّعَى اللَّقِيطَ رَجُلَانِ، فَأَقَامَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بَيِّنَةً أَنَّهُ كَانَ فِي يَدِهِ، جَعَلْتُهُ لِلَّذِي كَانَ فِي يَدِهِ أَوَّلًا، وَلَيْسَ هَذَا كَمِثْلِ الْمَالِ)[١].

وهذا كما قال.. إذا تنازع رجلان في التقاط المنبوذ، فقال أحدهما: «أنا وجدتُه والتقطتُه»، وقال الآخر مثل ذلك، فلا يخلو من أن تكون هناك بينة، أو لا بينة، فإن لم تكن هناك بينة؛ نُظِر:

فإن لم يكن في يد واحدٍ منهما، نَظَرَ الحاكم في حالهما، فأيهما رآه أصلح للطفل، جعله في يده، وإن رأىٰ أن يجعله في يد غيرهما، فعل.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٧).

وإن كان في يد أحدهما كان أولىٰ به، فإن ادعىٰ الآخر أنه هو الذي التقطه ثم غصبه منه الذي هو في يده، كان القولُ قولَ صاحب اليد مع يمينه.

وإن كان في يدهما، فقد تساويا فيه، فيقرع بينهما؛ لأن الحضانة لا تتبعض، ولا يمكن المهايأة فيها؛ لأن ذلك يعود بضرر علىٰ الصبي.

وأما إذا كان هناك بينة، فإن أقامها أحدُهما دون الآخر، حُكِم لمن أقامها بالالتقاط دون صاحبه، وإن أقام كلٌّ واحد منهما بينة، لم تخْلُ من أربعة أحوال؛ إما أن تكون البينتان مطلقتين، أو مؤرختين وقتًا واحدًا، أو إحداهما مؤرخة، والأخرىٰ مطلقة، أو مؤرختين تأريخًا مختلفًا.

فإن كانت مطلَقتين، أو مؤرختين وقتًا واحدًا، أو إحداهما مؤرخة والأخرىٰ مطلَقة، فقد تعارضتا، وفيه قولان؛ أحدهما: تسقطان، كأن لم تكن بينة، والثاني: تستعملان، وفي كيفية الاستعمال ثلاثةُ أقاويل، فلا تجيء القسمة؛ لأنه لا يمكن قسمته، ولا يجيء الوقفُ؛ لأنه علىٰ التأبيد لا علىٰ التوقِيت، فيعود بضرر علىٰ الصبي لأن حضانته تتأخر، وأما القرعةُ فإنها تجيء هاهنا، فيقرع بين البينتين، وهل يحلف مع بينته من تخرج القرعة لبينته؟ في ذلك قولان.

وأما إذا كانتا مؤرختين تأريخًا مختلفًا، فإن السابقة في التاريخ تُقدم قولًا واحدًا.

ويفارق هذا الأموال - حيث قلنا: إذا اختلف اثنان في مال، وأقام كلُّ واحدٍ منهما بينة، فشهدتْ إحداهما أنه مِلكٌ له [1] من سنة، وشهدت الأخرىٰ أنه ملك له من سنتين، حيث قلنا: إن المسألة علىٰ قولين؛ **أحدهما**: أنهما يتساويان، **والثاني**: إن الملك الأقدم والأسبق يقدم - لأن المال قد

---

(١) في (ق): «له ملك».

يملكه الرجل ثم يزول عنه ملكه[١] بعد ذلك، أو يزولُ عن بعضه، فيحصل ملكًا للآخر، وليس كذلك الالتقاط، فإنه إذا ثبت لواحد لم ينتقل عنه ما ثبت له من حق الحضانة والتزمه بالالتقاط إلا بتغير الحال، فأما ما دام باقيًا على حاله التي كان عليها حيث ثبت له حقُّ الالتقاط فإن الحق ثابتٌ له، ولا ينتقلُ إلى غيره، فلهذا قدَّمنا الأسبق يدًا قولًا واحدًا.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَدِعْوَةُ الْمُسْلِمِ وَالْعَبْدِ وَالذِّمِّيِّ سَوَاءٌ، غَيْرَ أَنَّ الذِّمِّيَّ إذَا ادَّعَاهُ وَوُجِدَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ فَأَلْحَقْتُهُ بِهِ أَحْبَبْتُ أَنْ أَجْعَلَهُ مُسْلِمًا فِي الصَّلَاةِ عَلَيْهِ، وَأَنْ آمُرَهُ إذَا بَلَغَ بِالْإِسْلَامِ مِنْ غَيْرِ إجْبَارٍ)، وَقَالَ فِي الدَّعْوَى: (إنَّمَا نَجْعَلُهُ مُسْلِمًا؛ لِأَنَّا لَا نَعْلَمُهُ كَمَا قَالَ)[٢].

وهذا كما قال.. الدِّعوةُ بكسر الدال ادعاءُ النسب، وبضمِّ الدال الطعام الذي يدعىٰ إليه، وبفتحها مصدر دعا.

إذا ثبت هذا، فإن دعواه العبد تصح؛ لأن لمائه [حُرمة، كما أن لماء الحر][٣] حُرمة، فإذا ادعىٰ نسب لقيط صح ادعاؤه وثبت نسبه، غير أنه لا يثبت له حق الحضانة؛ لأنه مشغولٌ عنه بما يلزمه للسيد من حق الخدمة، ولا تلزمه نفقته؛ لأنه فقيرٌ لا مال له، ولا تلزم سيده؛ لأن ذلك الطفل محكومٌ بحريته بظاهر الدار، فتكون نفقته في بيت المال، ويكونُ الحُكم فيه كما لم تكن دعوة إلا في ثبوت النسب، فإن النسب يثبت بذلك دون ما عداه.

وأما الذِّمِّي فتصح دعوته أيضًا؛ لأنه أقوىٰ من العبد؛ لأنه قد يطأ بملك

---

(١) في (ق): «ملكه عنه».

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٧).

(٣) ليس في (ق).

اليمين، والعبدُ لا يملك ذلك، فإذا صحت دعوة العبد، فدعوة الذمي أولىٰ بذلك.

إذا ثبت أن دعوته تصح، والنسب يثبت، فهل يلحقه في الدين، فيحكم بكفره أم لا؟ ذكر هاهنا: أنه يلحق به في الدين، وقال في «كتاب الدعاوي والبينات»: لا يلحق به في الدين.

واختلف أصْحابُنا فيه علىٰ طريقين؛ فقال أبو إسحاق: المسألة علىٰ اختلاف حالين، فالموضع الذي قال يلحق به في الدين، هو إذا أقام البينة علىٰ ذلك، والموضع الذي قال لا يلحق به في الدين هو إذا ثبت نسبه بالإقرار والدعوة.

وذكر أبو علي الطبري رَحِمَهُ ٱللَّهُ أنه يلحقه في الدين إذا أقام البينة عليه قولًا واحدًا، وإن ثبت نسبه بإقراره ودعوته ففيه قولان؛ **أحدهما**: يلحقه في الدين؛ لأنه كلُّ ما ثبت به نسبُه، ثبت به دينُه كالبينة، **والثاني**: لا يلحقه في الدين؛ لأنه يجوز أن يكون هو كافرًا وولده مسلمًا، وهو إذا أسلمت أم الصبي، وإذا احتمل ذلك لم يجب أن يلحقه في الدين به إذا لحقه نسبه[1]؛ ولأنه أقر بما يضره، ويضر غيره، فقبلنا إقراره فيما يضره من التزام مئونته، ولم نقبل فيما يضر الطفل، وهو إلحاقه به في كفره[2].

فإن قلنا: لا يلحق به في الدين، فإنه يحال بينه وبينه، فإذا بلغ ووصف الكفر، فهل يقبل أم لا؟ فيه وجهان علىٰ ما مضىٰ، لأنه يُحكم بإسلامه بظاهر الدار، وإن قلنا: يلحق به في الدين، فإنه يحال بينه وبينه أيضًا، ويكون ذلك كما لو وصف ولدُ الذِّمي الإسلام، فإنه يحال بينهما حتىٰ لا يفتنه ويعوده

---

(١) في (ق): «في النسب».
(٢) في (ق): «في أمره».

حضور البِيَعِ والكنائس، ويربيه علىٰ الكفر، فإذا بلغ ووصف الكفر أقر عليه[١].

• فَصْلٌ •

إذا اختلف حر وعبد أو مسلم وذمي في نسب لقيطٍ، وادعاه كلُّ واحدٍ منهما، فإن عندنا يستويان، ويُرى القافة. وقال أبو حنيفة: المسلم أولىٰ من الكافر، والحر أولىٰ من العبد.

واحتج بأن الحظ للصبي في إلحاقه بالحر والمسلم، ولا حظَّ له في إلحاقه بالعبد والذمي[٢]؛ لأن إلحاقه بالعبد يجعله رقيقًا، وإلحاقه بالذمي يجعله كافرًا، وهذا كما قلنا في الحضانة إنهما إذا اختلفا فيها، كان المسلم أولىٰ من الذمي والحر أولىٰ من العبد.

وهذا غلطٌ؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما لو انفرد لصحت دعوته، فإذا اختلفا وجب أن يتساويا، الدليل عليه الحران المسلمان؛ ولأن القصد من الدعوة إلحاق الولد بأبيه الذي خُلق من مائه، والحر والعبد والمسلم والكافر سواء في ذلك، فكما يجوز أن يكون من الحر والمسلم، يجوز أن يكون من العبد والكافر سواء في ذلك.

والجوابُ عما ذكره أنا لا نسلِّمه، لأنَّا إذا ألحقناه بالعبد، حكمنا بحريته لا برقه، وإذا ألحقناه بالكافر حكمنا بإسلامه علىٰ الصحيح علىٰ المذهب، فإذا كان كذلك، لم يكن علىٰ الصبي ضرر في إلحاقه بالعبد وبالذمي، ثم إن دعواه النسب مخالفة للحضانة، ألا ترىٰ أنه إذا تنازع اثنان في الحضانة - بدوي وحضري، أو عدل وفاسق، أو غني وفقير، كان الحضريُّ والعدلُ

---

(١) الأوسط لابن المنذر (١١/ ٤٣٧).

(٢) في (ق): «بإلحاقه بالذمي والعبد».

والغنيُّ أولىٰ، ولو تنازعوا في النسب، كانوا سواء.

والمعنىٰ في الحضانة أنه لو انفرد العبد والكافر فيها لم تثبت له، فكذلك إذا اجتمع مع غيره، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن الكافر والعبد إذا انفرد كلُّ واحدٍ منهما لحق النسبُ به، فإذا اجتمع مع غيره وجب أن يتساويا، والله أعلم.

♦ مَسْألَةٌ ♦

♦ قال الشافِعِيُّ ﷺ: (وَلَا دَعْوَةَ لِلْمَرْأَةِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ)[1].

وهذا كما قال.. إذا ادعت المرأة ولدًا، فهل تصح دعوتُها فيلحقها الولد بإقرارها أم لا؟ اختلف أصْحابُنا في ذلك علىٰ ثلاثة أوجه:

فمنهُم مَن قال: لا تصح دعوتُها بحال، سواء كان لها زوج أو لم يكن، وهو قولُ أبي حنيفة.

ومنهُم مَن قال: تصح دعوتُها إن كان لها زوج أو لم يكن.

فإذا قلنا بالأول، فوجهُهُ شيئان:

أحدهما: أن المرأة يمكنها إقامة البينة علىٰ إثبات النسب من جهة المشاهدة، وهو الولادة، وإذا أمكن ذلك لم تصح دعوتُها، وتفارق الرجل لأنه لا يمكنه إقامة البينة علىٰ لحوق النسب من جهة المشاهدة؛ لأن الولد لا ينفصل عنه، وإنما ينفصل عنها، فلهذا صحت دعوته.

والثاني: أنا لو ألحقنا الولد بها بدعوتِها، لألحقناه بزوجها، ولا يجوز إلحاق النسب بالرجل مع جحوده بإقرار غيره، ألا ترىٰ أن أحد الأخوين إذا أقر بأخ، وجحده الآخر، لم يثبت نسبُه بذلك؛ لأن ذلك يوجب أن يكون أخًا

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٧).

للجاحد، ولا يجوز أن نجعله أخًا له مع جحوده بإقرار غيره.

وإذا قلنا بالتفصيل، فوجهه: أنا إذا صححنا دعوتَها - وهي ذات زوج- وجب إلحاقه به؛ لأن ذلك من مقتضىٰ دعوتها، ألا ترىٰ أنها لو أقامت البينة علىٰ ذلك لحق الولد به، فإذا كان كذلك ولم يصح إلحاقه به لما ذكرنا، لم تصح دعوتها، ويفارق إذا لم يكن لها زوج، فإن هذا المعنىٰ غير موجود هناك.

وإذا قلنا تصح دعوتها في الحالين، فوجهه: أنها أحد الأبوين، فصحت دعوتها كالوالد، ولأن كلَّ من صح إقراره بغير النسب، صح إقراره بالنسب كالرجل، ولأنه معنىً يلحق به الولد بالرجل، فجاز أن يلحق به الولد بالمرأة كالبينة، ولأن المرأة آكد من الرجل في باب النسب، لأن نسب ولدها من الزنىٰ يلحق بها، ولا يلحق بالرجل نسب ولد الزنىٰ، فإذا كانت آكد حالًا في ذلك ثم ثبت أن دعوة الرجل تصح، فدعوتها أولىٰ بذلك.

فإذا قلنا بهذا، فالجوابُ عما قلناه للأول هو أنه يبطل بالرجل، لأنه يمكنه إقامة البينة علىٰ ثبوت الفراش وتصح دعوته.

فأما الدليل الثاني، فالجوابُ عنه: أنا نلحقه بها دون زوجها، كما لو أقر الزوج بولد لحقه دونها.

هذا كله في الحرة، وحُكْمُ الأمة (مثل حكم الحرة)[١] علىٰ ما ذكرنا من الوجوه، وهذا كله إذا لم تكن لها بينة، فأما إذا أقامت البينة علىٰ ذلك لحقها النسب بلا خلاف، ويلحق زوجها؛ لأن البينة أثبتت الولادة علىٰ فراشِهِ، وإذا ثبت ذلك لحق به النسب؛ لأنها وضعته علىٰ فراشه، ويقبل في ذلك شاهدان وشاهد وامرأتان، وأربع نسوة.

---

(١) في (ق): «كحكم الحرة».

هذا كله في المرأة الواحدة، فأما المرأتان إذا اختلفتا في نسب لقيطٍ، فالحكم فيه مبنيٌّ علىٰ ما ذكرنا، فإن قلنا: لا تصحُّ دعوة المرأة بحال، لم يسمع ذلك التداعي، وإن قلنا علىٰ التفصيل، فإن كان لكل واحد منهما زوجٌ فكذلك أيضًا، وإن كان لإحداهما دون الأخرىٰ، لحق التي لا زوج لها، وإن لم يكن لهما زوج أو قلنا علىٰ الوجه الثالث، فقد تساويا في ذلك.

فإن لم يكن لهما بينة أري القافة، وعُرِض الطفل عليهم، فإن ألحقوه بإحداهما لحق بها، وإن ألحقوه بهما أو لم يلحقوه بواحدة منهما، تُرِك حتىٰ يبلغ فينتسب.

وإن كانت لإحداهما بينة حُكم لها دون الأخرىٰ.

وإن كان لكل واحدة منهما بينة، فإذا قلنا تسقطان، فالحكمُ فيه كما لو لم تكن بينة، وإن قلنا تستعملان، ففي كيفية الاستعمال ثلاثة أقاويل: القسمة، والوقف، والقرعة، ولا يجيء شيء منها هاهنا؛ لأنه لا يمكن القسمة، ولا الوقف، ولا مدخل للقرعة في النسب، وإنما تدخلُ المالَ.

والفرقُ بينهما أن البينة في المال [ترجح باليد، فجاز أن][1] ترجح بالقرعة، والنسب بخلاف ذلك؛ ولأن ترجيح إحدىٰ البينتين ممكن بالقافة، وبانتساب الطفل بعد البلوغ، وذلك أقوىٰ من القرعة، فلم تكن بنا حاجة إلىٰ ترجيحها بالقرعة.

إذا ثبت هذا، فإن عرضناه علىٰ القافة وألحقوه بإحداهما حَكَمْنا بالبينة بلحوق النسب بها وبزوجها، وإن لم تكن قافة تركناه حتىٰ يبلغ، فإذا بلغ انتسب، فإن انتسب إلىٰ إحداهما رجَّحنا بينتها بذلك، وحكمنا بلحوقه بها، وبزوجها.

---

(١) ليس في (ق).

وإن مات قبل البلوغ إحداهما، أو مات زوجُها، وقف من الميراث حصة ولد، لجواز أن يلحق النسب به أو بها، فإذا بلغ الطفل، فإن انتسب إلىٰ المرأة الحية رد ذلك الموقوف علىٰ الورثة للميتة، وإن انتسب إلىٰ الميتة كانت له تلك الحصة المعزولة.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنِ ادَّعَى رَجُلٌ اللَّقِيطَ أَنَّهُ عَبْدُهُ؛ لَمْ أَقْبَلْ الْبَيِّنَةَ حَتَّى تَشْهَدَ أَنَّهَا رَأَتْ أَمَةَ فُلَانٍ وَلَدْته وَأَقْبَلُ أَرْبَعَ نِسْوَةٍ)[1].

وهذا كما قال.. إذا التقط رجلٌ لقيطًا، فادعىٰ أنه عبدُه، أو ادعىٰ غيره أنه عبده سمعنا هذه الدعوىٰ.

فإن قيل: هلا قلتم إنها لا تسمع؛ لأنها مخالفةٌ لظاهر الحُكم؛ لأنكم حكمتم بحريته حين التقطه؟

قلنا: لأن ذلك الحكم بالحرية إنما هو من طريق الظاهر؛ إذ الأصلُ أنه غير مملوك لأحد.

فإن قيل: كيف سمعتموها وهي مخالفة للظاهر؟

قلنا: لأن الدعاوي تسمع أبدًا، وهي مخالفةٌ للظاهر؛ لأن الأصلَ براءةُ ذمة المدعىٰ عليه، والظاهر أن ما في يده ملك له.

إذا ثبت أنا نسمع دعواه، فلا يخلو من أن تكون له بينة، أو لا بينة له، فإن لم تكن له بينة سقطت دعواه.

فإن قيل: هلا قلتم إن الرق والملك يثبت بمجرد الدعوىٰ كما قلتم إن النسب يثبت بمجرد الدعوىٰ؟

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٧).

قلنا: لأنه في لحوق النسب به يلتزم مئونة، فهو غير متهم في دعوته، إذ لا فائدة له في تلك الحال، وليس كذلك الرق إذا ادعاه؛ لأنه يدعي لنفسه ملكًا هو متهم فيه، فلم يثبت بمجرد الدعوىٰ.

ومعنًىٰ آخر، وهو أن ادعاءه النسبَ لا يخالفُ ظاهر الحال، لأنه يجوزُ أن يكون ولدًا له، كما يجوزُ أن يكون ولدًا لغيره، وليس كذلك في مسألتنا، لأن ادعاءه للرقِّ مخالفٌ لظاهر الحال، لأنَّا حكمنا بحريته.

فإن قيل: أليس إذا ادعاه ذمي ألحقتموه به نسبًا ودينًا، وإن كان ذلك مخالفًا لظاهر الحال؛ لأنكم حكمتم بإسلامه حال التقاطه؟

قلنا: قد بينا الخلافَ في ذلك علىٰ المذهب.

فإن قلنا: لا يلحق به في الدين لم يلزمنا هذا، وإن قلنا: يلحق به في الدين. **فالجوابُ**: أنا إنما ألحقناه به في الدين تبعًا للحوق النسب، ولا يمتنعُ أن يثبتَ تبعًا ما لا يثبت قصدًا، ألا ترىٰ أن شهادة أربع نسوة تقبل علىٰ الولادة، وإذا ثبتت الولادة ثبت النسبُ، ولا يثبت النسبُ بشهادتهن.

وكذلك إذا أقام المكاتَبُ شاهدًا وامرأتين علىٰ أداء مال الكتابة إلىٰ سيده ثبت ذلك وتعلَّق به العتق، ولا يقبل ذلك في الشهادة علىٰ العتق.

هذا الكلام فيه إذا لم تكن بينة، فأما إذا أقام البينة، فلا يخلو من أحد ثلاثة أحوال: إما أن يقيمها علىٰ الولادة، أو علىٰ الملك، أو علىٰ اليد.

فإن أقامها علىٰ الولادة قبل شهادة أربع نسوة، أو شاهد وامرأتين، [أو شاهدين، ثم يُنْظَرُ، فإن شهدت البينة أن أمته ولدته وهي في ملكه، حُكِم له بالملك][1]، ولا يُحْكم له بالنسب حتىٰ يثبت أنها ولدته وهي علىٰ فراشه.

وإن شهدت البينة بأن أمته ولدته، ولم تزد علىٰ ذلك، فإن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ

(١) ليس في (ق).

قال هاهنا: يحكم له به، وقال في «الدعوىٰ والبينات»: يُحكم له به إذا شهدت بأن أمته ولدته في ملكه.

فمِن أصحابِنا مَن قال: ذلك تأكيدٌ وليس بشرط، والمذهب ما نقله المزني رَحِمَهُ ٱللَّهُ هاهنا، ومنهُم مَن قال: هي علىٰ قولين؛ **أحدهما**: يُحكم له به؛ لأن ما ولد له من أمته يجب أن يكون ملكًا له، **والثاني**: لا يُحكم له به؛ لجواز أن تكون الأمة ولدته قبل أن يملكها، ثم ملكها دون ولدها.

وأما إذا أقام البينة علىٰ الملك فلا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون علىٰ ملك مقيد، أو مطلق.

فإن كان علىٰ ملك مقيد، مثل أن تشهد البينةُ أنه ملكه بإرث، أو هبة، أو بيع، أو نحو ذلك، سمعت البينة، وثبت له الملك.

وأما إذا كانت البينة علىٰ ملكٍ مطلقٍ، ففي ذلك قولان؛ أحدهما: لا تسمع هذه البينة حتىٰ تكشف سبب الملك؛ لأنَّا قد حكمنا بالحرية، فلا يدفع ذلك إلا بشهادة جلية كاشفة عن السبب؛ احتياطًا للحرية؛ لأن الشهود قد يشاهدون يد الملتقط، فيشهدون له بالملك، **والقول الثاني**: أن الشهادة تسمع كالشهادة في ملك الثوب والدار.

ومن قال بالأول أجاب عن هذا بأن الأموال لا احتياط فيها للحرية، [فلم يحتج فيها إلىٰ ذِكْرِ السبب، وفي مسألتنا احتياطًا للحرية][1]، فاحتيج فيها إلىٰ الكشف عن السبب.

وأما إن شهدت البينة باليد، فإن كان ذلك للملتقط لم يُحكم له به؛ لأنَّا قد عرفنا أن يدَه يدُ التقاط[2].

---

(١) ليس في (ق).

(٢) في (ق): «الملتقط».

وإن شهدتْ لغير الملتقِطِ حُكم له به، وحلف مع يده، وحُكم له بملكه، لأن الظاهر من اليدِ الملكُ، والله أعلم.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦قال الشافِعِيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: (فَإِذَا بَلَغَ اللَّقِيطُ فَاشْتَرَى وَبَاعَ وَنَكَحَ وَأَصْدَقَ، ثُمَّ أَقَرَّ بِالرِّقِّ لِرَجُلٍ؛ أَلْزَمْتُهُ مَا يَلْزَمُهُ قَبْلَ إِقْرَارِهِ، وَفِي إِلْزَامِهِ الرِّقَّ قَوْلَانِ)[١].

وهذا كما قال.. إذا بلغ اللقيطُ، فتصرف؛ فباع، واشترىٰ، ونكح، وأصدق، ثم أقر بأنه عبدٌ لفلان، لم يخْلُ من أن يكون إقراره بالرق ابتداء أو جوابًا.

فإن كان ابتداءً لم يخْلُ المقر له من أن نقبل إقراره، أو نرده، فإن رُدَّ إقراره بطل، قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[٢]: فإن أقر بعد ذلك برقِّه لغيره لم يقبل، وقال أبو العباس بن سُريج: يُقبل، كما لو أقر بداره لزيد، فرد إقراره، فأقر بها لعمرٍو قُبِل.

والدليلُ علىٰ أنه لا يقبل أنه إذا أقر برقه لمن سماه أولًا، فقد أقر بأنه مملوكٌ له، وليس بمملوكٍ لغيره، فإذا رد المقر له إقراره تضمن ذلك الحرية، فلم يُسمع إقراره بعد ذلك بالرق، كما لو بلغ فأقر بالحرية، ثم أقر بعد ذلك بالرق، فإنه لا يقبل، ويفارق إقراره بالدار[٣]؛ لأنه ما تعلق به حق الله ولا الآدمي، وليس كذلك في مسألتنا، لأنه لما رد إقراره تعلق بحريته حقوقُ الله في العبادات، وحقوقُ الآدمي في المعاملات، فإذا أقر بعد ذلك بالرقِّ لم يقبل؛ لأنه يسقط تلك الحقوق المتعلقة بالحرية التي تثبت عليه.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٧).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٧).

(٣) في (ق): «بالولد».

فأما إذا قبل إقراره، فقد قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: وفي إلزامه الرقَّ قولان، واختلف أصْحابُنا في ذلك علىٰ طريقين:

فقال أبو الطيب بن سلمة رَحِمَهُ اللَّهُ[١]: القولان في الرق هل يثبت بإقراره أم لا؟ أحدهما: يثبتُ، والثاني: لا يثبتُ، وتصرُّفُه وأحكامُه تنبني علىٰ القولين، قال: لأن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ قال[٢]: «وفي إلزامه الرق قولان» فجعلهما في نفس الرق لا في الأحكام.

وسائرُ أصحابنا قالوا: إن الرقَّ يثبت قولًا واحدًا، والقولان في الأحكام؛ أحدهما: أن أحكامه في تصرفه أحكام الرق، والثاني: إن ما (يضر به)[٣] فحكمه فيه حكم الرقيق فيقبل إقراره فيه[٤]، وأما ما يضرُّ غيرَه فحُكْمه حُكْم الحر، ولا يقبل إقراره فيه.

وقال هؤلاء: الذي يدلُّ علىٰ أن القولين في الأحكام أن الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ نص علىٰ القولين، ثم قال: «أحدهما أن إقراره يلزمه في نفسه، وفي الفضل من ماله كما لزمه، ولا يصدق في حق غيره».

إذا تقرر هذا، فإذا قلنا بالطريقة الأولىٰ، فنوجه القولين، فإن قلنا: إن إقراره برقه يقبل، فوجهُهُ ثلاثة أشياء:

أحدها: أنه مجهولُ الحال، فصح إقرارُه بالرقِّ، كما نقول في رجلين قدِما من بلاد الحرب إلىٰ دار الإسلام، فأقرَّ أحدُهما برقه للآخر، فإنه يقبل، فكذلك هذا.

---

(١) أبو الطيب محمد بن المفضل بن سلمة بن عاصم الضبي البغدادي الفقيه الشافعي.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٧).

(٣) في (ص): «تصرفه»!

(٤) في (ق): «فيه إقراره».

والثاني: أن الإقرار أقوىٰ من البينة؛ لأنه يُشترط فيه العدالة والعدد، ثم لو قامت عليه البينة بالرق[1] ثبت رقُّه، فإن أقر أولىٰ أن يثبت.

والثالث: أن المذهبَ أنه إذا بلغ، فوصف الكفر، أنه يقر عليه، فكذلك إذا أقر بالرق ينبغي أن يقبل إقراره.

وإن قلنا: إن إقراره برقِّه لا يُقبل، فوجهُهُ أنه محكومٌ بحريته، فلم يقبل إقراره بالرق كما لو بلغ فأقر بالحرية، فإنه لا يقبل إقراره بعد ذلك بالرقِّ؛ ولأن حقوق الآدميين قد تعلَّقت بتصرفاته في معاملاتِهِم، ويريد إسقاطها بإقراره بالرق؛ فلم يُقبل منه.

ويفارق ما ذكروه من القادمين من بلاد الحرب، لأن إقراره لا يُخالف ظاهرَ الحال، وليس كذلك في مسألتنا، لأن إقراره مخالفٌ لما حكمنا به من حريته، فلم يصح، كما لو أقر بالحرية ثم أقر بالرق.

وأما قولُهُم إن الإقرار أقوى من البينة، فالجوابُ أنه ليس كذلك، ألا ترىٰ أنه لو أقر بالرق بعدما أقر بالحرية لم يُقبل، ولو قامت به البينة قُبِلت، وحُكم برقه.

وأما ما ذكروه من وصْفِ الكفر بعد البلوغ، فالجوابُ عنه أن تلك المسألة علىٰ وجهين؛ أحدهما: يقر عليه، والثاني: لا يقر عليه.

فإذا قلنا يقر عليه، فالمعنىٰ فيه أنه ليس يتعلق به حق لآدمي، وإذا أقر بالرق كان فيه إسقاطٌ لحقوق الآدميين، فلم يُقبل.

وأما إذا قلنا بالطريقة[2] الأخرىٰ، فالدليلُ عليه أنه يُحكم بالرق قولًا واحدًا؛ لأنه مجهولُ الحال، فإذا أقر به وجب أن يقبل، كالحربيينِ إذا دخلا

---

(١) في (ق): «بالرق البينة».

(٢) في (ق): «بالطائفة»، وهو تحريفٌ.

دارنا وأقر أحدُهما برقه للآخر، ولأنه إعرابه عن نفسه بلفظه أولىٰ من الحكم بالحرية بظاهر الدار، فوجب أن يُحكم برقه بإقراره، ويقدم ذلك علىٰ الحرية بظاهر الدار.

وأما توجيهُ القولين في أحكام الرق، فإذا قلنا: أحكامُه أحكامُ الرقيق في التصرف، فوجهُهُ أنا قبلنا إقراره بالرق، وهو الأصل، فينبغي أن يقبل فيما يتعلق به من فروعه، ولأن كلَّ ما يثبتُ به بالرق تثبت به أحكامه كالبينة، ولأنه غير متَّهم في هذا الإقرار، فهو كما لو أقر علىٰ نفسه بجناية أو حدٍّ[1].

وإن قلنا لا يقبل فيما يضر غيره - وهو مذهب أبي حنيفة - فوجهُهُ أنه يسقط بذلك حقوقَ غيره التي تعلقت بتصرفه، فلم يصح إقراره بذلك فيما يضره دون ما ينفعه، كما لو قال «لفلانٍ عليَّ ألف، ولي عليه ألف»، قبل إقراره فيما عليه دون ما له، ولأن هذا يؤدي إلىٰ تمليك المرأة أمر النكاح، وإذا كان يؤدي إلىٰ هذا وجب أن لا يقبل.

هذا الكلامُ كلُّه فيه إذا أقر ابتداء، فأما إذا كان ذلك جوابًا، مثل أن يدعي عليه رجل أنه عبده، فإنه يُنظر، فإن أنكر، نُظِر.

فإن كان للمدعي بينةٌ أقامها عليه إما بالملك المطلق أو الملك المقيد بكشف السبب، أو بأن يقول «ولدته أمته وهي في ملكه» علىٰ حسب ما رتبناه علىٰ اختلاف أصحابنا فيه، فإنه يُحكم له برقه، ويسمع في ذلك شاهدان، أو شاهد وامرأتان، ويسمع أيضًا أربع نسوة إذا شرطنا كشف السبب؛ لأن الشهادة تقع علىٰ الولادة؛ لأن البينة تشهد أنه عبدُه، ولدته أَمَتُه، فكشف السبب، وشهادة أربع نسوة تقبل علىٰ الولادة، فإذا ثبتت الولادة بشهادتهن[2]

---

(١) في (ق): «لواحد».

(٢) في (ص): «بشهادتين»، وهو تصحيف.

ثبت أن الولد ملك له؛ لأن الأصل إذا كان له كان النماءُ له، ولهذا حكم الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ بنتاج البهيمة لصاحبها؛ لأنه نماء أصله.

فأما إذا لم تكن له بينة، فهل تعرض عليه اليمين أم لا؟ إن قلنا يقبل إقراره، عُرضت عليه؛ لأن في العرض فائدة، وهي أنه إذا نكل رُدت علىٰ المدعي، فإذا حلف حُكم بالرق، وإن قلنا لا يقبل إقراره بالرق، لم تعرض اليمين؛ لأنه لا فائدة لعرضها، لأن يمين المدعي مع نكوله بمنزلة إقراره، وإقرارُه برقه لا يُقبل.

وأما إذا أجاب بالإقرار بالرق، فهل يقبل إقراره أم لا؟ علىٰ ما ذكرنا من الطريقين، وعلىٰ ذلك بنينا الحُكم، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

قد ذكرنا الطريقين لأصحابنا، ونحن نفرِّع عليهما، فعلى طريقة أبي الطيب[1] **تكون أحكامه مبنية على القولين في أصل الرق،** فإذا قلنا: إن إقراره بالرق يُقبل، فأحكامُه كلُّها أحكام الرقيق، وإذا قلنا: لا يُقبل إقراره بذلك، فأحكامُه الماضية كلُّها أحكامُ الأحرار، وأما علىٰ قول سائر أصحابنا وأن الرق يثبت بإقراره قولًا واحدًا فإن الأحكام الماضية علىٰ قولين، وأما المستقبلةُ فهي علىٰ الرق قولًا واحدًا.

إذا ثبت هذا، فالكلام في التفريع عليهما في ثلاثة فصول: في النكاح، وفيما عداه من العقود، وفي الجناية.

فأما النكاح، فلا يخلو اللقيطُ من أن يكون ذكرًا أو أنثىٰ، فإن كان أنثىٰ وتزوجت، ثم أقرت بالرق.

---

(١) هو أبو الطيب بن سلمة.

فإن قلنا: يُقبل [الإقرار في جميع الأحكام، فقد تبينا أنها أمة زُوِّجت بغير إذن سيدها](١) فيكون النكاح باطلًا، فإن لم يدخل بها فُرِّق بينهما، ولا شيء لها، وإن كان قد دخل بها فعليه مهرُ المثل وعليها العدةُ قُرْأين، وأما الولدُ فإنه حر؛ لأنه اعتقد أنها حرة، وعليه قيمتُه حين ينفصل؛ لأنه أول (أحوال إمكان)(٢) التقويم.

وإن قلنا: إن إقرارها يقبل فيما يضرها خاصة، فإن النكاح فاسدٌ في حقها، وصحيحٌ في حق الزوج، لأن فساده في حقها فيما يضر غيرها فلا يقبل إقرارها فيه، غير أنه يقال للزوج: «أنت بالخيار في المستقبل إن أمسكتها على أنها أمة، وأحكامها أحكام الأمة، فلك ذلك، وإلا فطلِّقها».

وأما المهرُ فإن كان لم يدخل بها فلا شيء عليه؛ لأن ذلك مما يضرها فقُبل فيه إقرارها، وإن كان قد دخل بها فعليه أقل الأمرين من المسمىٰ أو مهر المثل؛ لأنه إن كان مهر المثل أكثر من المسمىٰ فالزيادة مما يضر بالزوج، فلا يقبل إقرارها فيه، وإن كان مهر المثل أقل، فالزيادة في المسمىٰ لا تدعيها الزوجة، ولا سيدها، لأنهما يقولان إن النكاح كان فاسدًا فلا يجب إلا مهر المثل، (والولد حر)(٣) لا قيمة له، لأن ذلك مما يضرها فقبل إقرارها فيه، فإن طلقها فعليها العدة ثلاثة أقراء، لأنها حق للزوج، فلم يقبل إقرارها فيه، وإن مات الزوج، فعليها أن تعتد شهرين وخمسة أيام.

والفرقُ بين العدتين: أن عدة الوفاة المغلَّب فيها حقُّ الله، ولهذا إذا مات قبل الدخول لزمتها العدة، والمغلَّب في عدة الطلاق حقُّ الزوج، ولهذا لا تلزمها إذا طلقها قبل دخوله بها، فلما كان المغلَّب في الطلاق حقَّه، لم يقبل

(١) ليس في (ق).
(٢) في (ق): «أحكام».
(٣) في (ص): «والواحد» وهو غلط.

إقرارها فيه، ولما كان المغلَّب في عدة الوفاة حقُّ الله تعالىٰ قبل إقرارها فيه.

فإن قيل: فكيف قلتم إنه يجب عليها أن تعتد إذا طلقها ثلاثة أقراء، والعدة إنما تحدث في المستقبل بعد الحكم بأنها مملوكة، وهلا قلتم إنها تعتد عدة الإماء، كما قلتم إنها إذا أتت بولد بعد ذلك كان مملوكًا؟

قلنا: الفرقُ بينهما أن العدةَ تجبُ بالنكاح، والنكاح حصل وهو يعتقد أنها حرة، وليس كذلك الولد، لأنه يحدث بعد إمساكه إياها علىٰ بصيرة أنها مملوكة، فلهذا كان رقيقًا.

فأما إذا كان اللقيط ذكرًا فتزوج، فإن قلنا: إقرارُه يُقبل في الجميع، فهذا عبدٌ تزوج بغير إذن سيده، فيكون النكاح باطلًا، فإن كان لم يدخل بها، فُرِّق بينهما ولا شيء عليه، وإن كان قد دخل بها، وجب عليه مهرُ المثل، وما محله؟ فيه قولان؛ قال في القديم: يتعلَّق برقبته، وقال في الجديد: يتعلَّق بذمته، وأما الولدُ فإنه يتبع الأم في الحرية.

وإن قلنا بالقول الآخر، فالنكاح في حقه باطلٌ وهو صحيحٌ في حقها؛ لأن بطلانه في حقها مما يضرها، فلم يُقبل إقراره فيه، غير أن ينفسخ في الحال لأنه يقر أنه لا نكاح بينهما، ويكون ذلك بمثابة قوله: «زوجتي هذه أختي من الرضاع»، فإن النكاح ينفسخ بينهما في الحال.

وأما المهرُ فإن كان قبل الدخول، وجب نصفُ المسمىٰ، وإن كان بعد الدخول فجميع المسمىٰ؛ لأن ذلك حقٌّ لها، ويُنْظر، فإن كان في يده كسب، استوفي منه، وإن لم يكن ففيما يكسبه فيما بعد يستوفىٰ منه كما نقول في الحر: إن مهر امرأته يستوفىٰ في الحال مما في يده، أو من كسبه فيما بعد، وأما الولدُ فإنه يتبعها في الحرية.

وأما الفصلُ الثاني، وهو الكلام في العقود سوى النكاح، فلا فرق فيه بين أن

يكون اللقيط ذكرًا أو أنثىٰ، فإن قلنا يقبل إقراره في الجميع، فتلك عقودٌ فاسدة، وإن كانت أعيانُ الأموال باقية في يده رُدَّت علىٰ أصحابها، وإن كانت تالفة فقيمتها تثبت في ذمته، يُتبع بها إذا أُعتق لأنها لزمته برضا منهم.

وإن قلنا بالقول الآخر، فالعقود كلُّها صحيحة، فإن كان في يده مال، قضيت منه الحقوق، وما فضل فهو للسيد، وهذا معنىٰ قول الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: «أحدهما أن إقراره يلزمه في نفسه، وفي الفضل من ماله» وإن لم يفِ ما في يده بالدين الذي عليه، فالباقي يثبت في ذمته يُتبع به إذا أُعتق.

فأما الفصل الثالث، وهو الجناية، فلا يخلو إما أن يكون جانيًا، أو مجنيًّا عليه.

فإن كان هو الجاني، لم يخْلُ من أن يكون عمدًا، أو خطأً.

فإن كان عمدًا لزمه القصاص علىٰ القولين جميعًا؛ لأنَّا إن[1] قلنا يُقبل إقراره في الجميع فهو عبدٌ جنىٰ علىٰ حر، أو عبد فيقتل به، وإن قلنا بالآخر، فالقصاص مما يضره، فقُبِلَ فيه قوله ويُقتل بالعمد.

وإن كان خطأً، وقلنا يُقبل إقراره في الجميع فالأرشُ يتعلق برقبته كالعبد إذا جنىٰ خطأً، وإن قلنا لا يقبل إقراره فيما يضر بالغير فالأرش في بيت المال؛ لأنها جناية خطأ ممن لا عاقلة له.

وإن كان هو الذي جنىٰ عليه، فلا يخلو من أن تكون عمدًا أو خطأً.

فإن كانت عمدًا، مثل أن يكون قطعت يده، فإن قلنا يُقبل إقراره في الجميع فهو عبدٌ قطعت يداه، فإن كان جانيه حرًّا لم يقطع به ولزمه قيمته بالغة ما بلغت، وإن كان عبدًا قُطِع به، وإن قلنا بالقول الآخر، فإن كان جانيه

---

(١) ليس في (ص)، (ق).

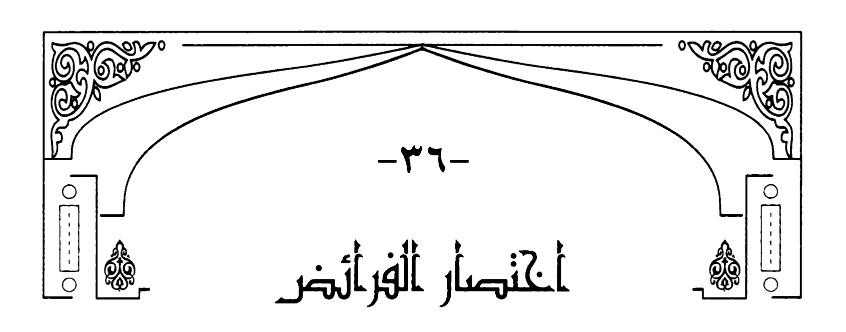
عبدًا[١]، قُطِع به، وإن كان حرًّا لزمه أقل الأمرين من ديته أو قيمته؛ لأن قيمته إن كانت أكثر، فتلك الزيادة تضر غيره، فلا يقبل إقراره فيه، وإن كانت الدية أكثر، فهو لا يدعي الزيادة علىٰ القيمة كما قلنا في المهر.

وإن كانت جنايته خطأ، فإن قلنا يُقبل إقرارُه في الجميع، وجبت قيمتُه بالغة بما بلغت، وإن قلنا بالقول الآخر، فأقلُّ الأمرين من قيمته أو ديته لما ذكرناه، والله تعالىٰ الموفق للصواب.

يليه كتاب اختصار الفرائض



(١) في (ق): «جنايته عمدًا» وهو تحريف.



-٣٦-

اختصار الفرائض

الأصلُ في الحثِّ على علم الفرائض والترغيب فيه:

ما روىٰ عبدُ الله بنُ عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «**العِلْمُ ثلاثةٌ، وما سوى ذلك فهو فضْلٌ، آيةٌ مُحكمةٌ، وسُنةٌ قائمةٌ، وفريضةٌ عادلةٌ**»[١].

وروىٰ أبو هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: [«**تعلَّموا الفرائضَ فإنَّها مِن دينِكم، وهي أولُ ما يُنسى**»[٢].

وروىٰ ابنُ مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال][٣]: «**تعلَّموا الفرائضَ وعلِّموها الناسَ، فإني امرؤٌ مقبوضٌ، وإن العلمَ سَيُفقد حتى يختلِفَ الاثنانِ فِي الفريضةِ فلا يجِدانِ مَن يفصِلُ بينَهُما**»[٤].

وقال عمرُ بنُ الخطاب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إذا لهوتُم فالهوا بالرمي، وإذا تحدَّثتم

---

(١) أخرجه الطبراني في الكبير (٧٢)، والبغوي في شرح السنة (١٣٦).

(٢) أخرجه الدارمي (٢٨٩٣).

(٣) ليس في (ق).

(٤) أخرجه النسائي في الكبرىٰ (٦٤٧٩)، والدارمي (٢٢٧).

فتحدثوا بالفرائض[١].

إذا ثبت هذا، فإن التوارث كان في أول الإسلام بالحلف والنصرة، وهو أن يقول الرجلُ للرجل: دمي دمُك، ومالي مالُك، تنصرني وأنصرك، وترثني وأرثك، فإذا قال أحدُهما لصاحبه هذا، ورثه إذا مات، وكان أحقَّ بماله من سائر أقاربه، ونُسِخ ذلك، فصار التوارث بالإيمان والهجرة، فإذا آمن رجلٌ وهاجر إلىٰ المدينة وكان له بمكة ولد مؤمن لم يهاجر معه، لم يرثه إذا مات، وورثه جماعة المهاجرين الذين بالمدينة، ثم نُسخ ذلك وصار التوارث بالإسلام، والنسب، والزوجية، والولاء، واستقر علىٰ ذلك.

والدليلُ علىٰ أن التوارث كان في أول الإسلام بالحلف والنصرة قولُ الله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَـَٔاتُوهُمۡ نَصِيبَهُمۡ﴾، فقال ابن عباس رضي الله عنهما في هذه الآية: كان الرجلُ يحالف الرجلَ ليس بينهما نسب فيرث أحدُهما الآخر، فنسخ ذلك الأنفال[٢].

يريد قوله تعالىٰ في سورة الأنفال ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَهَاجَرُواْ وَجَٰهَدُواْ بِأَمۡوَٰلِهِمۡ وَأَنفُسِهِمۡ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱلَّذِينَ ءَاوَواْ وَّنَصَرُوٓاْ أُوْلَٰٓئِكَ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلِيَآءُ بَعۡضٖ﴾ الآية، ثم نُسخ ذلك بقوله تعالىٰ: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡضٖ فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ مِنَ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ وَٱلۡمُهَٰجِرِينَ﴾.

ويدلُّ عليه قوله تعالىٰ: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٞ مِّمَّا تَرَكَ ٱلۡوَٰلِدَانِ وَٱلۡأَقۡرَبُونَ﴾ الآية، فجعل الله تعالىٰ الميراثَ بالقرابة في هاتين الآيتين، إلا أنه لم يفصِّل فيهما من يرث، ثم فصَّله وبيَّنه في ثلاث آيات في سورة النساء وهي قوله: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡ﴾ إلىٰ آخر الآية، وقوله عز وجل بعدها:

---

(١) أخرجه الحاكم (٨١٦٦)، والبيهقي (١٢٣٠٧).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٩٢١)، والحاكم (٨٢٢٢)، والبيهقي في الصغرىٰ (٢٢٩٩).

﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ إلىٰ آخر الآية، وقوله تعالىٰ في آخر السورة ﴿يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ﴾ إلىٰ آخرها.

فبيَّن في الآية الأولىٰ حكم البنين مع البنات وحكم البنات المفردات وحكمَ الأخوين مع الأولاد، وحكمَ الأبوين المنفردين وحكمهما مع الإخوة.

وذكر في الآية الثانية حكمَ الأزواج مع الزوجات إذا لم يكن معهم ولد، وإذا كان معهم ولد، وحكمَ الإخوة والأخوات من الأم.

وذكر في الآية الثالثة حكمَ الأخت الواحدة، والأختين من أب، أو من أب وأم إذا لم يكن ولد، وحكمَ الإخوة والأخوات من أب، أو من أب وأم.

وما لم يُنَصَّ عليه في كتاب الله تعالىٰ، فقد ثبت حُكْمه بسنة رسول الله ﷺ وهو ميراث أولاد الإخوة، والأعمام، وأولادهم، والجد، والجدة.

والدليلُ علىٰ ذلك ما روىٰ ابنُ عباس رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ قال: «**اقسِم المالَ بينَ أهلِ الفرائِضِ على كتابِ اللهِ، فما أبقتِ الفرائضُ فلأولى عصبةٍ ذكرٍ**»(١).

وليس معنىٰ قوله: «**فلأولى**» أحق، وإنما معناه: فلأقرب، وهو مأخوذ من وليه يليه إذا قرب منه، وأراد أن الباقي يكون لأقرب العصبات، وروي في ذلك أخبار، سنذكرها بعد إن شاء الله تعالىٰ.

إذا ثبت هذا، فإن الإرث ضربان؛ عام، وخاص:

فالعامُّ؛ الإرثُ بالإسلام، فإذا مات مسلم ولم يخلِّف وارثًا؛ نقل ماله إلىٰ بيت المال، ميراثًا للمسلمين عامًّا يستوي فيه ذكرهم، وأنثاهم، وصغيرهم، وكبيرهم.

---

(١) أخرجه مسلم (١٦١٥).

وأما الإرثُ الخاصُّ؛ فهو بثلاثة أسباب: بالرحم، والنكاح، والولاء، والعللُ المانعةُ من الميراث أربعة: الرقُّ، والقتلُ، والارتدادُ، واختلاف الدينين.

قال القاضي أبو الطيب رَحِمَهُ اللَّهُ: ولو قيل خمسة جاز، ويكون الخامسُ اختلافَ الدارين؛ لأن اختلاف الدارين يمنع الميراث، فلو مات ذميٌّ وخلَّف ابنا ذميًّا عنده، وابنًا آخر حربيًّا علىٰ دين أبيه، كان المال للولد الذميِّ دون الحربيِّ؛ لأن الموالاة منقطعة بين أهل الذمة وبين أهل الحرب.

فأما المجمعُ علىٰ توريثه [من الذكور][1] فإن أهل الفرائض يقولون: هم عشرة؛ الابن، وابن الابن وإن سفل، والأب، والجد أبو الأب وإن علا، والأخ، وابن الأخ، والعم، وابن العم، والزوج، والمولىٰ المعتق.

وهذا حصرٌ غير صحيح؛ لأنهم قالوا: الابن، وابن الابن، فعدوا هذه الجملة اثنين، وهي أكثر، لأن ابن الابن ومن دونه الذين أرادوا بقولهم: «وإن سفل»، ليس بابن ابن في الحقيقة، فإذا لم يريدوا الحقيقة بذلك وأرادوا المجاز، كان الصحيح أن يقولوا: «الابن وإن سفل»، فيقتصروا علىٰ هذه العبارة؛ لأن من دون الابن ابنٌ مجازًا، وتكون هذه العبارة مشتملة علىٰ ما اشتمل عليه قولهم: «الابن وابن الابن وإن سفل».

وكذلك يلزمهم هذا في قولِهِم: «والأب، والجد أب الأب وإن علا»؛ لأن من علا هو أب، وأب الأب ومن فوقه، وليس بجد في الحقيقة، وإنما هو أبو جد، ويدعىٰ جدًّا مجازًا، وكان الصحيحُ أن يقولوا: «والأب وإن علا»؛ لأن الأجداد آباء مجازًا، وتكون هذه العبارة مع اختصارها مشتملة علىٰ ما اشتمل عليه قولهم: «والأب والجد أبو الأب وإن علا».

---

(١) ليس في (ق).

[وأطلقوا ابنَ الأخ، وليس كل ابن أخ يرث؛ لأن ابن الأخ من الأم لا يرث][١]، فإطلاقه غير صحيح، والصوابُ تفصيله.

وكذلك أطلقوا العمَّ، وإطلاقُه غير صحيح [لأن أخا الأب من أمه عم في الحقيقة، وهو لا يرث.

وأطلقوا ابنَ العم، وإطلاقُه غير صحيح][٢]؛ لأن ابن العم من الأم لا يرث.

والصحيح أن يقال: يرثُ من الذكور أحدَ عشر؛ الابن وإن سفل، والأب وإن علا، والأخ، وابن الأخ من الأب والأم، وابن الأخ من الأب، والعم من الأب والأم، والعم من الأب، وابن العم من الأب والأم، [وابن العم من الأب][٣] والزوج، ومولىٰ النعمة.

ويرثُ من الإناث سبعٌ: البنت، وبنت الابن وإن سفل، والأم، والجدة التي تدلي بوارث أو وارثة، والأخت، والزوجة، ومولاة النعمة.

وكان أبو الحسين ابن اللبان[٤] يقول: «بنت الابن وإن سفلت»، وذلك غير صحيح، وكان يجب أن يقول: «بنت الابن وإن سفل»؛ لأن إطلاق «سفلت» لا يصح، فإن ولد بنت الابن لا يورثون.

فإن قيل: إذا اجتمع في مسألة واحدة جميع من يرث من الذكور، وجميع من يرث من الإناث، فكم يرث من الجماعة.

---

(١) ليس في (ق).

(٢) ليس في (ق).

(٣) زيادة ضرورية.

(٤) محمد بن عبد الله بن الحسن أبو الحسين بن اللبان، الفرضي الفقيه، إمام عصره في الفرائض وقسمة التركات، وله في ذلك التصانيف المشهورة، توفي سنة ٤٠٢ طبقات السبكي (٤/ ١٥٤).

فقل: هذه المسألة محال، ولا يجوز اجتماعُ جميعهم؛ لأن الميت إن كان ذكرًا لم يخلف زوجًا، وإن كان أنثىٰ لم تخلف زوجة، فليس يجتمع الزوجان في مسألة بحال.

فإن قيل: فإذا اجتمع جميعُ من يرث من الذكور، كم يرث منهم؟

فقل: ثلاثة؛ الابن، والأب، والزوج، ويسقط الباقون.

فإن قيل: فإذا اجتمع جميع من يرث من النساء، كم يرث منهن؟

فقل: خمس: البنت، وبنت الابن، والأم، والزوجة، والأخت تكون عصبة، تأخذ ما بقي، والله الموفق للصواب.

باب من لا يرث

بدأ المزني رَحِمَهُ اللَّهُ **بِذِكْرِ من لا يرث**[١]**، فاعترض معترضٌ، فقال: الأولى أن يبدأ بِذِكْرِ من يرث؛ لأن معرفة ذلك هو المقصود من هذا الكتاب.**

فالجوابُ أن المزني رَحِمَهُ اللَّهُ بدأ بِذِكْرِ ذلك، لأنه أخف، وأَخَّر ذِكْرَ من يرث، لأنه أكثر فروعًا، وأشكل فصولًا، فبدأ بالأخف الأسهل، وتلك عادة أهل التصنيف أن يقدموا الأخف علىٰ الأثقل.

وجوابٌ آخرُ، وهو أن الشافعي بدأ في تصنيفه بِذِكْرِ من يرث أولًا، والمزني غيَّر ذلك الترتيب، فلا يلزم الشافعي هذا السؤال[٢].

إذا ثبت هذا، فالذين لا يرثون خمسةَ عشرَ نفسًا من ذوي الأرحام، وهم: أولادُ البنات، وأولادُ الأخوات، وأولادُ الإخوة من الأم، وبناتُ الأخ، والعمُّ من الأم، وأولادُه، والعمةُ، وأولادُها، والخالُ، وأولادُه، والخالةُ، وأولادُها، والجدُّ الذي يُدْلي بابنته من قِبَلِ الأم، والأب، وأم هذا الجد، فلا يرثُ جميعُ هؤلاء بحالٍ.

هذا مذهبُنا، وبه قال مالك، والأوزاعي، وأبو ثور، والمزني، وهو قولُ زيد بن ثابت، وابن عمر، وإحدىٰ الروايتين عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ.

وقال أبو حنيفة: يرثون، وبه قال الثوري، وأحمد، وإسحاق، والحسن البصري، وابن سيرين، والشعبي، وعطاء، ومجاهد، وشريح، وهو قولُ علي

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٨).

(٢) لكن يلزم أنه بدأ بالأثقل قبل الأخف؛ خلافًا لعادة أهل التصنيف .

وابن مسعود، والرواية الأخرىٰ عن عمر رضي الله عنهم[١].

واحتج من نصرهم بقوله تعالىٰ: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلۡأَرۡحَامِ بَعۡضُهُمۡ أَوۡلَىٰ بِبَعۡضٖ﴾ ولم يفرق، وقوله تعالىٰ: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ﴾ وأولاد البنات يتناولهم هذا اللفظ، وروي أن النبيَّ ﷺ قال: «**الخالُ وارثُ مَن لا وارثَ له يرثُ مالَه ويفكُّ عانيه**»[٢] يعني أسيره، وروي عنه ﷺ أنه قال: «**الخالةُ أُم**»[٣]، وروي أنه ورَّث أبا لبابة بن عبد المنذر من ثابت بن الدحداحة - وكان ابن أخته[٤] - وروي أن رجلًا من خزاعة مات، فأتي رسول الله ﷺ بميراثه، فقال: «**التمِسوا له ذا رحِم**»[٥]، فدل علىٰ أن كل من كان ذا رحم، فإنه يرث.

ومن جهة النظر، أنه ذو رحم، أو ذو قرابة، فوجب أن يرث بها، أصلُه: من أجمعنا علىٰ توريثه؛ ولأنه يُدْلي بوارث، فجاز أن يرث كأولاد الابن؛ ولأن هؤلاء قد شاركوا المسلمين في الإسلام، وانفردوا بالقرابة، فكان صرْفُ هذا المال إليهم أولىٰ من غيرهم، والله أعلم بالصواب.

ودليلُنا ما روىٰ ابنُ عمر رضي الله عنهما أن النبيَّ ﷺ ركب إلىٰ قباء يستخيرُ الله في ميراث العمة والخالة، فأنزل الله تعالىٰ أن لا ميراث لهما[٦]، وروىٰ أسامة بن زيد[٧] رضي الله عنه أن النبيَّ ﷺ قال: «**إن الله قد أعطى كلَّ ذي حقٍّ حقَّه، فلا وصيةَ لوارثٍ**»[٨]، وليس لهؤلاء حق مذكور في الكتاب.

---

(١) ينظر: مختصر اختلاف العلماء (٤/ ٤٧٢) في الرد وتوريث ذوي الأرحام.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٨٩٩)، والترمذي (٢٢٣٦)، والنسائي في الكبرىٰ (٦٥٢٥).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٢٧٨)، والنسائي في الكبرىٰ (٨٥٢٦).

(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٩١٢٠) والدارمي (٣١٠٢).

(٥) أخرجه أحمد (٢٢٩٤٤) وأبو داود (٢٩٠٤) عن بريدة رضي الله عنه.

(٦) أخرجه أبو داود في المراسيل (٣٦١) والدارقطني (٤١٥٦).

(٧) كذا!! ولعله وهم من المصنف رحمه الله وصوابه: «أبو أمامة».

(٨) أخرجه أبو داود (٢٨٧٠، ٣٥٦٥)، والترمذي (٢١٢٠) عن أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه.

ومن جهة المعنىٰ، أن بنت الأخ، وبنت العم والعمة، امرأة لا ترث مع أخيها المساوي لها في القرابة، فلم ترث بحال، الدليل عليه بنتُ المولىٰ، لأنها لا ترث مع أخيها، وهو ابن المولىٰ، وبيانُ ذلك أن ابن الأخ والعم وابن العم ينفردون بالمال دون أخواتهم، وقد ساوينهم في القرابة.

ولا يدخلُ عليه الأخُ من الأب والأم، والأخ من الأب، فإن المال للأخ دونها؛ لأنها ما ساوته في القرابة إذ كان من أبٍ وأم، وهي من أب، وقد احترزنا من ذلك بقولنا: «المساوي لها في القرابة».

واستدلالٌ من هذا، وهو أنه إذا اجتمع معها الأخ، كان أقوىٰ لها من انفرادها، ألا ترىٰ أنه إذا اجتمع في الفريضة ابنتان، وابنة ابنٍ وأخ، كان للبنتين الثلثان والباقي للأخ، ولا يكون لبنت الابن شيء، فإن كان معها أخوها كان الباقي بينهما للذَّكر مثلُ حظِّ الأُنثيين.

وكذلك إذا اجتمع في الفريضة أختان من أب وأم، وأخت من أب، كان للأختين الثلثان، والباقي للعم، ولا شيء للأخت من الأب، فإن كان معها أخوها، كان الباقي بينهما للذَّكر مثلُ حظِّ الأُنثيين.

فإذا ثبت هذا، ولم ترث إذا اجتمعت معه، فإذا انفردت أولىٰ أن لا ترث؛ ولأنها امرأة لا ترث مع عصبةٍ أبعدَ منها، فلم ترث بحال، أصلُه: ما ذكرنا.

وبيانُ هذا أنه إذا خلَّف بنت أخ، وابن ابن أخ، كان المال لابن ابن الأخ دون بنت الأخ، وكذلك إذا خلَّف عمته، وابن ابن عم، كان المال لابن ابن العم دون العمة، ولأنها امرأة لا ترث مع المولىٰ، فلم يكن لها مدخلٌ في الميراث كالقاتلة والمرتدة والأمة.

واستدلالٌ من هذا، وهو أن الولاءَ أضعفُ من النسب، والنسبُ مقدَّمٌ عليه، ثم ثبت أن الولاء يُقدم علىٰ بنت البنت، والعمة، وبنت العم، مع

ضعفه وقوة النسب، فدل علىٰ أن نسبهن نسبٌ لا يورث به، إذ لو كان يورث به لكان مقدمًا علىٰ الولاء كغيره.

فأما الجوابُ عن احتجاجهم بقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ فمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه أراد به أولي الأرحام الذين ذكرهم في كتابه، وهم الذين يرثون بإجماعنا؛ لأنه قال: ﴿فِي كِتَٰبِ ٱللَّهِ﴾.

والثاني: أن هذه الآية ناسخةٌ للتوارث بالإيمان والهجرة، وإنما وقع النسخُ بتوريث هؤلاء المذكورين في الكتاب دون غيرهم، فثبت أن المراد بالآية ما ذكرنا.

والثالث: أنه ليس في الآية ما يكونُ به بعضُهم أولىٰ من بعض، فيجب التوقف حتىٰ يثبت الدليل بما أريد بها، ولا يمكن حملُه علىٰ العموم؛ لأنه إنما يُحمل علىٰ العموم ما أُظهر في اللفظ فأما الذي أُضمر فيه فلا.

وأما الجوابُ عن قولِهِ تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوْلَٰدِكُمْ﴾ فهو أن الآية لا تتناول حقيقةَ أولاد الأولاد، وإنما تتناولهم علىٰ طريق المجاز، فلم يصح الاحتجاج بها.

وأما الجوابُ عن قولِهِ ﷺ: «**الخال وارث من لا وارث له**» فهو أن هذا نفي للميراث، وإخراجٌ للخال عن أن يكون وارثًا؛ لأنه أثبته وارثًا حين نفىٰ الوارث وهذا كما يقال: الصبر حيلة من لا حيلة له، والجوع زاد من لا زاد له.

وجوابٌ آخرُ، وهو إذا كان الخال عصبة، والذي يدل عليه أنه قال: «**يعقل عنه**»[1] والخالُ لا يعقل إلا أن يكون من العصبة.

وجوابٌ آخرُ، وهو أن الخال السلطان؛ لأن العرب تسمىٰ السلطان

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٩٩)، والترمذي (٢٢٣٦).

خالًا؛ قال الشاعر[١]:

أيَّام رَيْعان الشَّبَابِ مسلطٌ   عليَّ بعصيانِ الإمارةِ والخالِ

والذي يؤكِّد هذا أنه ذَكَرَ في الخبر أنه يعقل عنه، والخال لا يعقل، والسلطان يعقل ويرث.

وأما الجوابُ عن قصة أبي لبابة، فهو أن ذلك كان حين التوارث بالإيمان والهجرة قبل أن يُنسخ ذلك، وهكذا الجوابُ عن الخبر الأخير[٢]، ويجوز أن يكون أراد بقوله: ذا رحم، غير ذوي الأرحام الذي اختلفنا فيهم.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على القرابات الذين يرثون، فهو أن المعنىٰ في الأصل أنهم يرثون مع وجود المولىٰ، فكان لهم مدخل في الميراث، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن الذي اختلفنا فيهم لا يرثون مع المولىٰ، فلم يكن لهم مدخلٌ في الميراث؛ لأن الأخت ترث مع أخيها المساوي لها في القرابة، فكان لها في الميراث مدخل، وليس كذلك ابن الأخ، فإنها لا ترث مع أخيها المساوي لها في القرابة، فلم يكن لها مدخل من الميراث.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إنها تدلي بوارث، فهو أنه يبطل بابنة المولىٰ؛ لأنها تدلي بوارث، ولا مدخل لها من الميراث.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن هؤلاء شاركوا المسلمين في الإسلام، وانفردوا بالقرابة، فكانوا أولى بميراثه، فهو أنه يبطل ببنت المولىٰ، لأنها شاركت المسلمين في الإسلام، وانفردت بالقرابة، ولا ترث.

---

(١) البيت في المنتخب من كلام العرب (ص ٧٣٨) ولسان العرب (١١/ ٢٣٢).

(٢) وهو قوله: «التمسوا له ذا رحم».

• فَصْلٌ •

إذا خلَّف الميتُ أهلَ فُروض كالبنت، وبنتِ الابنِ وغيرِهما، ولم يستوفُوا المال، ولم تكن هناك عصبة، لم يرد الباقي عليهم ولا أحد منهم، وبه قال كل من لم يورِّثْ ذوي الأرحام.

وقال أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ: يرد ما فضل عليهم[١] علىٰ قدْرِ سِهامهم، إلا علىٰ الزوج والزوجة، وهو قولُ علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وروي عن ابن مسعود رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال[٢]: يرد الفاضل علىٰ ذوي السهام بعد سهامهم، إلا علىٰ الزوج، والزوجة، وبنات الابن مع بنت الصلب، والأخوات للأب مع الأخت للأب والأم، وولد الأم مع الأم، والجدة مع ذوي سهم من ذوي أرحامه، فإن انفردت رد عليهن.

واحتج بما روىٰ واثلةُ بنُ[٣] الأسقع أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «**تحُوزُ المرأةُ ثلاثَةَ موارِيثَ: عتيقُها، ولقيطُها، والولدُ الذي لاعَنَتْ عليه**»[٤].

وروىٰ عَمْرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعل ميراث ابن الملاعنة لأمه، ولورثتها من بعدها[٥].

وهذا يدلُّ علىٰ أن جميع ميراثه يحصل لها، ولا يكون ذلك إلا بالفرض والرد؛ ولأنه ذو قرابة، فجاز أن يرد عليه الفاضل بها، الدليلُ عليه الأب؛ ولأن من له الفرض ساوىٰ المسلمين في الإسلام، وانفرد بالقرابة، فكان أولىٰ بصرف الفاضل إليه منهم.

---

(١) في (ق): «عليهم ما فضل».

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٩١٢٨).

(٣) في (ص): «عن» وهو تصحيف.

(٤) أخرجه أبو داود (٢٩٠٦).

(٥) أخرجه أحمد (١٦٩٨١)، وأبو داود (٢٩٠٨) والنسائي في الكبرىٰ (٦٥٣٤).

ودليلُنا قوله تعالىٰ: ﴿إِنِ امْرُؤٌا هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ فجعل لها النصف، فدل علىٰ أنه ليس لها أكثر من ذلك، وأبو حنيفة يجعل لها أكثر من ذلك، وعنده أن الزيادة في النصِّ نسخ[1]، والقرآنُ لا يجوزُ نسخُه بخبر الواحد، وما روي عن النبيِّ ﷺ قال: «**إنَّ اللهَ أعْطَى كُلَّ ذِي حقٍّ حقَّه، فلا وصيَّةَ لِوارِثٍ**»[2]، وما أعطىٰ اللهُ أهلَ الفرض الفاضلَ، فوجب أن لا يرد عليهم.

ومن جهة المعنىٰ أنه ذو فرضٍ، استوفىٰ فرضه، فلم يرد الباقي عليه بغير تعصيب كالزوج والزوجة.

واستدلالٌ من هذا، وهو أن الزوج والزوجة آكد سببًا من غيرهما من ذوي الفروض؛ لأنهما لا يُحجبان بحال، ومن عداهم يُحجب، ثم لما لم يُرد عليهما الفاضل [فهؤلاء أولىٰ أن لا يُرد عليهم، ولأن من لا يُرد عليه الفاضل][3] مع وجود المولىٰ، لا يُرد عليه مع عدمه، أصله ما ذكرنا.

واستدلالٌ منه، وهو أن القرابة آكدُ من الولاء؛ لأنها مقدَّمة عليه، ثم ثبت أن الولاء يُقَدم علىٰ هذا الرد بالقرابة، فثبت أنه لا يصح.

ولأن الميراثَ يُستحق بالقرابة وبالزوجية، ثم ثبت أن من يستحقُّ الميراثَ بالزوجية إذا أخذ فرضه، لم يُرد عليه الفاضل، فكذلك من يستحقُّه بالقرابة.

فأما الجوابُ عما احتجوا به من حديث واثلة بن الأسقع رضي الله عنه، **فنقول**: أما ميراثُ عتيقها، فتستحقُّ جميعه بتعصيب الولاء، وأما ميراثُ لقيطها فلا

---

(١) في (ق): «في النسخ نص»!

(٢) أخرجه أبو داود (٢٨٧٠، ٣٥٦٥)، والترمذي (٢١٢٠) عن أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه.

(٣) ليس في (ق).

تستحقُّ منه شيئًا بالإجماع، وأما ميراثُ ولدها الذي لاعنت عليه فالمراد به حقُّها من ميراثه، وهو الثلث والسدس.

فإن قيل: إذا حملتموه علىٰ هذا سقطتْ فائدةُ التخصيص؛ لأن ذلك المقدر ميراثها من الولد الذي لم تلاعن عليه أيضًا، فلا يكون في تخصيص ولدها الذي لاعنت عليه فائدة.

فالجوابُ أنه ليس كذلك، بل هذا تخصيصٌ له فائدة؛ لأن ولد الملاعنة لا يرثه أبوه، فأثبت بهذا الخبر أن أمه ترثه حتىٰ يقطَعَ التوهُّم، فلا يعتقد معتقد أنها لا ترثه، كما لا يرثه أبوه.

وهكذا الجواب عن الخبر الثاني.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على الأب، فهو أن المعنىٰ في الأب أن له تعصيبًا، فلهذا استحق الفاضل، وليس كذلك البنت؛ لأنه ليس لها تعصيب، وكذلك غيرها ممن اختلفنا فيه.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إنهم ساووا المسلمين في الإسلام، وانفردوا بالقرابة فكانوا أولى بالفاضل، فهو أنهم قد استحقوا بالقرابة التي حصلت لهم بعضَ الميراث وهو قدْرُ الفرض، فلا يجوز أن يُرد عليهم الفاضل بتلك القرابة أيضًا، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

قد ذكرنا أن ذوي الأرحام لا يرثون، وأن المال يُصرف إلى بيت المال، [فائدة هذه المسألة: أن عندنا يمنع من لا وارث له من مناسبته أن يوصي بجميع ماله، وعند أبي حنيفة لا يمنع من ذلك][1].

(١) ليس في (ق).

وكذلك الفاضلُ من ذوي الفرض إلىٰ بيت المال أيضًا، ويكون الجميع ميراثًا للمسلمين عن الميت، وقال أبو حنيفة: ما ينقل إلىٰ بيت المال من مال الميت، فإنه لا يُنقل إليه ميراثًا.

واحتج من نصره بأنه لو كان ينقل إليه ميراثًا، لوجب أن يفضل فيه الذكور علىٰ الإناث، وأن يسوي فيه بين الغني والفقير، ولا يخص به الفقراء دون الأغنياء، وأن يصرف إلىٰ جميع المسلمين؛ لأن الفقير والغني يستويان في الميراث، ويصرف إلىٰ جميع الورثة، ويفضل الذكر علىٰ الأنثىٰ؛ ولأنه لو كان ينقل إليه ميراثًا، لوجب أن يصرف إلىٰ الموجودين الأحرار حال موته دون غيرهم، وقد أجمعنا علىٰ أنه يُصرف إلىٰ من كان موجودًا في ذلك الوقت حرًّا، وإلىٰ من وُلد بعد ذلك، وأعتق من العبيد والإماء، وذلك يدل علىٰ أنه ليس بميراث؛ ولأنه لو كان ينقل إليه ميراثًا، لوجب إذا لم يكن له وارث وأوصىٰ بثلث ماله للفقراء والمساكين أن لا تصح وصيته للوارث، ولا تصح له الوصية، فلما أجمعنا علىٰ أن الوصية تصح لهم دل علىٰ أن ذلك المال لا ينتقلُ إليهم ميراثًا.

ودليلُنا ما روىٰ المقدام الكندي ﵁ أن النبيَّ ﷺ قال: «**أنا وارثُ مَن لا وارثَ له، أعقلُ عنه، وأرثُه، والخالُ وارثُ من لا وارثَ له يعقلُ عنه، ويرثُ ماله**»[(١)]، فأخبر أنه وارث من لا وارث له، وقد ثبت أنه لا يرث لنفسه، وإنما يرثه للمسلمين، لأنه يصرفه في مصالحهم، فدل علىٰ أن ما يُنقل إلىٰ بيت المال يكون علىٰ وجه الإرث؛ ولأن المسلمين يعقلون عنه لأنه إذا قَتَلَ خطأً وليس له عاقلة؛ كانت الدية في بيت المال، وكلُّ من يعقل عنه جاز أن يرثه كإخوته، وبنيهم، وأعمامه وبنيهم.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٩٩)، والترمذي (٢٢٣٦)، والنسائي في الكبرىٰ (٦٥٢٥).

وأما الجوابُ عن قولِهِم لو كان ميراثًا لفُضِّل فيه الذكر على الأنثى، فهو أن في الميراث ما لا يُفَضَّل فيه الذكر علىٰ الأنثىٰ، وهو ميراث ولد الأم[1] فإن ذكرهم وأنثاهم فيه سواء.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إنه لو كان ميراثًا لكان لا يختص به الفقراء دون الأغنياء، فهو أنه ميراثٌ، غير أنه يصرف إلىٰ الفقراء برضا الأغنياء، ويُصرف إلىٰ بعض المسلمين برضا الباقين.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إنه لو كان ميراثًا لاختص بمن كان موجودًا حرًّا حال الوفاة دون من حدث بعد ذلك، وأعتق، فهو أنه ينتقل إلىٰ الموجودين الأحرار في ذلك الوقت ميراثًا، ثم ينتقل إلىٰ ذوي الحاجة ممن حدث بعدهم برضا أولئك الذين ورثوه حال الوفاة.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إنه لو كان ينتقل إليهم ميراثًا، لوجب إذا لم يكن له وارث، وأوصى بثلث ماله للفقراء والمساكين، أن لا تصح وصيته للوارث، فهو أنه لا يمتنع أن يكونوا ورثة، وتصح الوصية لهم، ويكون حُكمهم مخالفًا لحكم الورثة المعينين في ذلك، ألا ترىٰ أن حُكم الوصية لمعينين بخلاف حكمها لغير معينين؛ لأنه إذا أوصىٰ لجماعة معينين وجب صرفُ المال إليهم، وإذا أوصىٰ للفقراء والمساكين لم يجبْ صرفه إلىٰ جميعهم، وجاز الاقتصار علىٰ صرفها إلىٰ ثلاثة منهم.

ويمكن أن يجاب بهذا الجواب عن جميع ما ذكروه من الأدلة، فنقولُ: فرقٌ بين ميراث المعينين، وميراث غير المعينين، كما أجمعنا علىٰ الفرق بين الوصية لمعينين، وبين الوصية لغير معينين.

إذا ثبت أن ذلك المال ينتقلُ إلى بيت المال ميراثًا، فإن كان هناك بيتُ مال

---

[1] في (ص)، (ق): «ولد الإخوة»! وهو غلط.

انتقل إليه، وهو أن يكونَ الإمامُ عادلًا، ويصرف ذلك المال إلىٰ وجوه المصالح، ولا يعدل به عنها.

وإن لم يكن هناك بيت مال - وهو أن يكون الإمام فاسقًا، أو يكون عدلًا ولكنه يصرفه إلىٰ غير وجوه المصالح - فإن أصحابنا قد اختلفوا (في هذا المال)[1]؛ فمنهُم مَن قال: يُرد إلىٰ بيت المال، ومنهُم مَن قال: يُرد إلىٰ ذوي الأرحام، فإذا تعذر أحدُهما رُدَّ إلىٰ الآخر، ومنهُم مَن قال: يكونُ من في يده المال بالخيار بين أن يمسكه ويتوقع خروج إمام عادل يضع أموال المصالح مواضعها ويسلمه إليه، وبين أن يصرفه إلىٰ الفقراء والمساكين، والصرفُ أولىٰ؛ لأن الإمام نائبٌ عن المسلمين ووكيلٌ لهم، وإذا تعذر الرد إلىٰ الوكيل وجب الرد إلىٰ الموكل، وهذا الوجه أصح من الأول.

فأما قولُ ذلك القائل إن الردَّ إلىٰ ذوي الأرحام يتعين، **فالجوابُ عنه** أن ذوي الأرحام علىٰ مذهب الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ ليسوا ورثة، فهم كالأجانب فلا يصح الردُّ إليهم ميراثًا.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: (وَالْكَافِرُونَ)[2].

وهذا كما قال.. الكفرُ علىٰ ضربين: رِدة، وكفر أصلي، فأما المرتدُّ فيجيء حُكمه وبيانُه فيما بعد إن شاء الله تعالىٰ، وأما الأصلي فإنه لا يرث المسلمَ، ولا يرثه المسلمُ، هذا قولنا، وبه قال عمر، وعلي، وابن عباس رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ.

وقال معاوية ومعاذ بن جبل رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا: يرث المسلمُ الكافرَ، ولا يرث الكافرُ

(١) في (ق): فيه .

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٨).

المسلمَ، وبه قال محمد ابن الحنفية، ومحمد بن علي بن الحسين بن علي ابن أبي طالب، وإسحاق بن راهويه(١).

واحتج من نصرهم بقول النبي ﷺ: «**الإسلامُ يعلُو ولا يُعْلى**»(٢) وإذا كان الإسلام عاليًا علىٰ الكفر، وجب أن يرث المسلمُ الكافرَ لأجل علوه عليه؛ ولأن المسلم يجوز له أن يتزوج كافرة ولا يجوز للكافر أن يتزوج مسلمة، فكذلك وجب أن يرث المسلمُ الكافرَ، ولا يرثه الكافر.

ودليلُنا قوله تعالىٰ: ﴿ **وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ** ﴾، وقوله تعالىٰ: ﴿ **وَٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ** ﴾ فدل ذلك علىٰ أن المسلمين بعضهم أولياء بعض، والكفار ليسوا بأولياء لهم، وأن الكفار ليسوا بأولياء لهم، وأن الكفار بعضهم أولياء بعض، والمسلمون ليسوا بأولياء لهم، وإذا لم تكن بينهم موالاة، لم يكن بينهم توارث.

ويدلُّ عليه ما روىٰ أسامة بن زيد رضي الله عنهما عن النبيِّ ﷺ قال: «**لا يرِثُ الكافِرُ المسلِمَ، ولا المسلِمُ الكافِرَ**»(٣)، وروىٰ عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**لا يتوارَثُ أهلُ مِلَّتين شتَّى**»(٤)، وروىٰ جابر رضي الله عنه عن النبيِّ ﷺ قال: «**لا يرِثُ المسلمُ النصرانِيَّ إلا أن يكون عبدَه أو أَمَتَه**»(٥).

ولأن المسلمَ لا يعقلُ عن الكافر، فلم يرثه كالكافر؛ لأنه لا يعقلُ عن المسلم (فلا يرثه)(٦)؛ ولأن الذمي إذا كان له ابنٌ في دار الحرب حربي، لم

---

(١) الأوسط لابن المنذر (٧/ ٤٦٢).

(٢) أخرجه الدارقطني (٣٦٢٠) والبيهقي (١٢١٥٥) عن عائذ بن عمرو المزني رضي الله عنه.

(٣) أخرجه مسلم (١٦١٤).

(٤) أخرجه أبو داود (٢٩١١)، والترمذي (٢٢٤٢)، والنسائي في الكبرىٰ (٦٥٥٦).

(٥) أخرجه النسائي في الكبرىٰ (٦٥٦٣)، والحاكم (٨٠٠٧).

(٦) في (ق): لأنه لا يرثه.

يرثه لأجل اختلاف الدار[١] فاختلاف الدين أولىٰ بذلك.

فأما الجوابُ عن الخبر، فهو أن نقول: الإسلامُ عالٍ علىٰ الكفرِ بكل حال، وليس من شرط علوه أن تُجعل أحكام المسلمين كلها مخالفة لأحكام الكفار، ألا ترىٰ أنه يجوز لنا أكل ذبيحتهم، ويجوز لهم أكل ذبيحتنا، ولم يقل أحد إن الإسلام عالٍ علىٰ الكفرِ فينبغي أن يختلف حكمهما في الذبيحة.

فأما الجوابُ عن المعنى الذي ذكروه، فالفرقُ بين النكاح وبين الميراث واضح؛ لأن الزوج يملك بُضْع المرأة وتصير له في معنىٰ المملوكة؛ لأنها تصير محبوسة عليه في يده، فلم يجز أن يتزوج كافر بمسلمة؛ لأن في لك غضاضةً علىٰ الإسلام، ألا ترىٰ أنه لا يجوز للكافر أن يشتري عبدًا مسلمًا، ويجوز للمسلم أن يشتري عبدًا كافرًا، وكان الفرقُ بينهما ما ذكرنا، وليس كذلك الميراث لأنه يعتبر فيه الموالاة، ألا ترىٰ أن الحربي لا يرث الذمي لانقطاع الموالاة بينهما، فإذا كان اختلاف الدار يمنع من ذلك، فاختلاف الدين أولىٰ أن يمنعه.

إذا ثبت هذا، فإن الكفر كله عندنا ملة واحدة، فيرث اليهوديُّ النصرانِيَّ، والنصرانِيُّ اليهوديَّ، والمجوسيُّ اليهوديَّ والنصرانِيَّ.

وقال أحمد وإسحاق وشريح، وابن أبي ليلىٰ: لا يرث اليهودي النصراني، ولا يرثه النصراني، ولا يرثان المجوسي، ولا يرثهما[٢].. **واحتج من نصرهم** بقوله ﷺ: «**لا يتوارَثُ أهلُ مِلَّتين شتَّى**»[٣] وهم أهل ملتين؛ ولأن أحكام اليهود مخالفة لأحكام النصارىٰ والمجوس، فلم يجز التوارث بينهم كالمسلمين والكفار.

---

(١) سبق أن المصنف رَحِمَهُ ٱللَّهُ هو الذي أضاف (اختلاف الدار) باعتباره مانعًا من موانع الميراث.

(٢) الأوسط لابن المنذر (٧/ ٤٧٤).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٩١١)، والترمذي (٢٢٤٢)، والنسائي في الكبرىٰ (٦٥٥٦).

ودليلُنا قوله تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ كَفَرُواْ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾، وقوله تعالىٰ: ﴿لَا تَتَّخِذُواْ ٱلْيَهُودَ وَٱلنَّصَٰرَىٰٓ أَوْلِيَآءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ وقوله تعالىٰ: ﴿وَلَن تَرْضَىٰ عَنكَ ٱلْيَهُودُ وَلَا ٱلنَّصَٰرَىٰ حَتَّىٰ تَتَّبِعَ مِلَّتَهُمْ﴾ فجعل ملتهما ملة واحدة؛ ولأن سبب الحقن علىٰ الإطلاق يضمهم - وهو الذمة - فجرىٰ التوارث بينهم كالمسلمين، ولا يلزم علىٰ هذا الذِّمي والمستأمَن حيث قلنا لا يتوارثان؛ لأن الذمة غير الأمان، والمستأمَن في حُكم الحرب، فلا يضمهما في الحقنِ سببٌ واحدٌ؛ ولأنهم يقرون علىٰ دينهم ببذل الجزية، فجاز التوارث بينهم كالملة الواحدة منهم.

فأما الجوابُ عن احتجاجهم بقوله ﷺ: «لا يتوارَثُ أهلُ مِلَّتين شتَّى» فهو أنَّا قد بينا أنهم في حكم أهل الملة الواحدة، ودللنا علىٰ ذلك.

وأما قولُهُم إن أحكامهم مختلفة، فالجوابُ عنه أنه يبطل بالذكور والإناث في أحكام الإسلام، فإن أحكامهم مختلفة، ويجري التوارث بينهم، والله أعلم بالصواب.

• فَصْلٌ •

إذا مات مسلمٌ كان ماله لورثته المسلمين، دون ورثته الكفار، فإن كان له ورثة كفار فأسلم منهم واحدٌ بعد موته لم يستحقَّ من ميراثه شيئًا، سواء أسلم قبل القسمة، أو بعدها، مثل أن يكون له إخوة مسلمون، وله ابن كافر، فيسلم ابنه بعد موته، فلا يكون له في الميراث حق.

وقال الحسنُ البصري، ومكحول، وجابر بن زيد، وقتادة: إن أسلم قبل القسمة ورث، وإن أسلم بعدها لم يرث، ورووا ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما[1].

---

(١) الأوسط لابن المنذر (٧/ ٤٧٢).

ودليلُنا أن من لا يرثه حال وفاته، لا يرثه بعد ذلك، الدليلُ عليه: إذا أسلم بعد القسمة؛ ولأن كل من لا يرثه بعد القسمة، لا يرثه قبلها، الدليل عليه: المرتد؛ ولأن الملك ينتقل إلىٰ الوارث بالموت، ويستقر له، والقسمة لا تأثير لها فيه ولا في استقراره، فلم يكن لاعتبارها في التوريث فائدة، فأما الذي ذكروه عن عمر وعثمان رضي الله عنهما فقد روىٰ ابنُ اللبان[1] عن علي رضي الله عنه خلاف ذلك، فصارت المسألة خلافًا بينهم، فلا حجة في قول بعضهم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ **قال الشافِعِيُّ** رضي الله عنه: (وَالْمَمْلُوكُونَ)[2].

وهذا كما قال.. والكلامُ هاهنا في ميراث العبد، ويشتمل علىٰ فصلين؛ في كونه وارثًا، وفي كونه موروثًا.

فالعبدُ لا يورث بدليل أن المال الذي في يده، إذا كان السيد قد ملَّكه إياه فعلىٰ قوله الجديد لا يملكه، وهو مالٌ للسيد في يده، والمال الذي في يد الإنسان لغيره لا يورث عنه إذا مات، كما إذا مات المودع فإن الوديعة لا تورث، وعلىٰ قوله القديم وإن كان يملكه إلا أنه يملكه ملكًا غير مستقر؛ لأن للسيد أن ينتزعه منه، فإذا مات انتقل ملكُ السيد عن رقبته، ويرجع المالُ إلىٰ ملكه كما إذا باعه انتقل الملك عن رقبته، ويرجع إليه المال الذي في يده، بدليل قوله ﷺ: **«مَنْ باع عَبدًا وله مالٌ فمالُه للبائِع إلَّا أن يشتَرِطَ المُبتاعُ»**[3].

وأما الكلامُ في كونه وارثًا، فإن العبد لا يرث قريبه بحال، وقال الحسن

---

(١) محمد بن عبد الله بن الحسن أبو الحسين بن اللبان.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٨).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٤٣٣)، والترمذي (١٢٨٩)، والنسائي (٤٦٧٩).

البصري رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا مات له قريب، وخلَّف مالًا ورثه، واشتري من ذلك المال وأعتق، فإن فضل شيء رد إليه، وروي ذلك عن ابن مسعود رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ[(١)]، وقال طاوس: يرثه ويكون ذلك لسيده، كما إذا أوصىٰ له كانت الوصية لسيده.

وهذا غلطٌ؛ لأن الرقَّ نقصٌ أخرجه عن أن يكون موروثًا، فوجب أن يخرجه عن أن يكون وارثًا، أصله: الردة، ولا يلزم علىٰ هذا النبوة؛ لأن الأنبياء يرثون ولا يورثون؛ لأن النبوة فضيلة.

ولأنه ليس من أهل الميراث في الحال لأنه رقيق، وإنما يصير من أهل الميراث إذا أُعتق، وعتقه حادث بعد موت قريبه، فلم يستحقَّ به الإرث، وقد روي مذهبنا عن عمر وعلي رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا[(٢)] وحكاه ابن اللبان عنهما.

وأما الذي قاله طاوس فالحجة علىٰ بطلانه أن الإنسان إنما يرث بنسب، أو نكاح، أو ولاء، وهذا السيد ليس له نكاح، ولا نسب، ولا ولاء، وهو أجنبي من ذلك الرجل الذي هو قريب عبده، فوجب أن لا يرثه.

ويفارق الوصية؛ لأنها تصح لسيد العبد، فإذا أوصىٰ للعبد كان كأنه أوصىٰ للسيد، وليس كذلك الميراث؛ لأنه لا يصح للسيد من قريب عبده، فلم يستحقَّ صرفه إليه.. وهكذا الحكم في أم الولد، والمدبَّر، والمدبَّرة، والمعتق بصفة، والمكاتب؛ لأنهم كلهم أرقَّاء.

وأما من نصفه حُرٌّ ونصفه عبدٌ، فإنه لا يرث؛ لأنه لا يمكن صرف نصف المال إليه؛ لأنه إن كان ابن الميت فالابن لا يرث نصف المال، ولا يمكن صرف جميعه إليه، لأنه يستحقه بجميع بدنه ونسبه، وبعضه رقيق، وإذا بطل الأمران خرج عن أن يكون وارثًا.

---

(١) حكاه ابن المنذر (٧/ ٤٧٠ - ٤٧١) وضعف الرواية عنه.

(٢) الأوسط لابن المنذر (٧/ ٤٦٩).

ولأن هذا يؤدي إلىٰ أن يحصل ذلك الميراثُ للأجنبي الذي ليس بوارث؛ لأنه إن كان بينه وبين سيده مهايأة فربما اتفق موت قريبه في اليوم الذي يكون لسيده فيحصل المال له، وليس بوارث [وإن لم تكن بينهما مهايأة فإنه يحصل له نصف الميراث، وليس بوارث][(١)].

وأما إذا مات وخلَّف مالًا اكتسبه بنصفه الحر، فهل يورث عنه أم لا؟ فيه قولان؛ **أحدهما**: يرثه عنه أقرباؤه، وهو القول الجديد؛ لأنه مال ملكه بحريته ملكًا تامًّا، فهو كما لو كان جميعه حرًّا، **والثاني**: لا يورث عنه، ويكون لسيده الذي يملك نصفه؛ لأنه نقص أخرجه عن أن يكون وارثًا، فوجب أن يخرجه عن أن يكون موروثًا، الدليلُ عليه: الردة، وهذا قول زيد بن ثابت رضي الله عنه[(٢)] قال أصحابنا: وهو أقيس.

وقال أبو سعيد الإصطخري[(٣)] رحمه الله: لا يصرف ذلك إلىٰ سيده، ولكن يصرف إلىٰ بيت المال؛ لأن سيده أخذ حقه من كسبه، وذلك الكسب الذي خلَّفه إنما هو مستفاد بما فيه من الحرية، ولا حقَّ له فيه.

وهذا غير صحيح؛ لأنه إذا نُقِل إلىٰ بيت المال، فلا يخلو إما أن يكون نقلُه إليه فيئًا، أو ميراثًا، ولا يجوز أن يُنقل إليه ميراثًا؛ لأنه لا يورث، ولا يجوز أن يُنقل إليه فيئًا لأنه مسلم، ومالُ المسلم لا يكون فيئًا، وإذا بطل ذلك لم يبق إلا أن يصرف[(٤)] إلىٰ سيده.

---

(١) ليس في (ق).
(٢) الأوسط لابن المنذر (٧/ ٤٦٩).
(٣) الحسن بن أحمد بن يزيد بن عيسىٰ بن الفضل الإصطخري، قاضي قم، وولي حسبة بغداد.
(٤) في (ص): «يكون يصرف».

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَالْقَاتِلُونَ عَمْدًا أَوْ خَطَأً)[١].

وهذا كما قال.. القاتلُ عندنا لا يرث، سواء كان بالغًا، أو غير بالغ، عاقلًا أو مجنونًا، عامدًا أو مخطئًا، عادلًا كان أو باغيًا، وسواء قتله بظلم، أو بحق، مثل أن يكون يثبت عند الحاكم ما يوجب قتله قصاصًا، أو حدًّا، وهو أن يكون قتل في المحاربة، أو غير المحاربة، أو زنا وهو محصن، فيقتله، ولا فرق بين أن يثبت ذلك ببينة، أو بإقراره، ولا فرق بين أن يقتله بمباشرة أو سبب، مثل أن يحفر بئرًا، أو ينصب سكينًا، وما أشبه ذلك من الأسباب.

ومِن أصحابِنا مَن قال: إن كان القتل مضمونًا لم يرثه، وإن كان غير مضمون ورثه.

وقال أبو إسحاق: إن كان قَتَله بإقراره قصاصًا بقتل في المحاربة أو غيرها، أو قَتَله رجمًا، فإنه يرثه، وإن قَتَله ببينة لم يرثه؛ لأن التهمة تلحقه إذا كان القتل ببينة؛ لأنه ربما فرط في تزكية الشهود، ولا تلحقه التهمة إذا كان القتل بإقراره.

وهذا غير صحيح، وينكسِرُ عليه بالطفل إذا كان في حجر أبيه، وفي يده سكين فجرح أباه فمات؛ لأنه لا يرثه، وهو غير متهم في ذلك؛ لأنه لا يعرف الميراث فكيف يتهم في قصده، والمذهبُ هو الأول، وبه قال عمر، وابن عباس، والحسن البصري، وعمر بن عبد العزيز، وأحمد.

وقال الأصم[٢] وابن عُلَيَّة[٣]: يرثُ القاتلُ بكل حال، وقال الأوزاعي،

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٨).

(٢) عبد الرحمن بن كيسان، أبو بكر الأصم. فقيه معتزلي مفسر، توفي سنة ٢٢٥

(٣) إسماعيل بن إبراهيم بن مقسم، الأسدي، أبو بشر المعروف بابن علية، توفي سنة ١٩٣.

ومالك، وعطاء، وإسحاق، وسعيد بن المسيب: إن كان قتله عامدًا لم يرثه، وإن كان مخطئًا ورثه إلا من ديته، فإنه لا يرث منها شيئًا.

وقال أبو حنيفة: القاتلُ بالمباشرة لا يرث إلا أن يكون صبيًّا، أو مجنونًا، أو عادلًا قتل قريبه الباغي، وأما إذا كان القتل بالسبب، فإنه لا يمنع الإرث، إلا إذا كان راكب دابة فداست قريبه فمات، فإنه لا يرثه[١].

فأما الأصمُّ وابنُ عُلَية، فإنهما احتجا بقوله تعالىٰ: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡ﴾ ولم يفرِّق، وقوله: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٞ مِّمَّا تَرَكَ ٱلۡوَٰلِدَانِ وَٱلۡأَقۡرَبُونَ﴾ ولم يفرِّق؛ ولأنه حكم يتعلق بالموت فوجب أن يتعلق بالقتل، أصله حلولُ الدين، لأن من له الحق إذا قَتَلَ مَن عليه الحقُّ حلَّ حقُّه، وكذلك أم الولد إذا قتلت سيدها عتقت.

ودليلُنا ما روىٰ عمرُ بنُ الخطاب[٢] وأبو هريرة[٣] رضي الله عنهما عن النبيِّ ﷺ قال: «**ليسَ لقاتِلٍ ميراثٌ**»، وروىٰ ابنُ عباس رضي الله عنه أن النبيَّ ﷺ قال: «**ليسَ لقاتِلٍ حقٌّ**»[٤]، وروىٰ عمرو بن شُعيب، عن أبيه، عن جده، عن النبيِّ ﷺ قال: «**ليس لقاتِلٍ مِن الميراثِ شيْءٌ**»[٥]، ولأنه فعل محظورًا فوجب أن لا يتملك به كالغصب؛ ولأنه استعجل بالقتل الميراث، فوجب أن يحرمه علىٰ وجه العقوبة، كما نقول في تخليل الخمر: إنها لا تطهر؛ لأنه استعجل بذلك تخليلها، ولم يدعها حتىٰ تتخلل بنفسها.

فأما الجوابُ عن احتجاجِهِم بالظواهِرِ، فهو أنها عامةٌ في القاتل وغيره،

---

(١) الأوسط (٧/ ٤٦٧ - ٤٦٨) ومختصر اختلاف العلماء (٤/ ٤٤٢ - ٤٤٣).

(٢) أخرجه أحمد (٣٤٧، ٣٤٨) والنسائي في الكبرىٰ (٦٣٣٤) وابن ماجه (٢٦٤٦).

(٣) أخرجه الترمذي (٢١٠٩) وابن ماجه (٢٦٤٥).

(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٧٧٨٧) ومن طريقه البيهقي (١٢٢٤٢).

(٥) أخرجه أبو داود (٤٥٦٤) والبيهقي (١٢٢٤٠).

وأخبارنا خاصةٌ في القاتل، فوجب القضاءُ بها عليها، كما قال الله تعالىٰ: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ فقضينا علىٰ هذه الآية بقوله ﷺ: «**لا قطعَ إلَّا فِي رُبع دِينارٍ**»(١).

وأما الجوابُ عن المعنى الذي ذكروه، فهو أنَّا نقول: إن أرتم بقولكم فوجب أن يتعلق بالقتل، كل قتل، انتقض عليكم بالغسل والصلاة، فإنهما لا يتعلقان بكل قتل؛ لأن الشهيد لا يُغَسَّل ولا يُصَلَّىٰ عليه، وإن أردتم البعض، فنحن نقول به، لأنه إذا قتله غير الوارث، ورثه الوارث، ثم الفرقُ بين مسألتنا وبين ما (قاسوا عليه)(٢) واضحٌ؛ لأن الدَّين حقٌّ واجبٌ عليه متقدمُ الوجوب علىٰ موته، فلم يسقط، وليس كذلك الميراث؛ لأنه ليس بثابت للوارث قبل الموت، وإنما يثبت بالموت، فإذا كان سببًا فيه لم يثبت له.

وأما حريةُ أم الولد، فهي حقٌّ ثابتٌ لها من حين الاستيلاد، وقد استحقته علىٰ الفور غير أنَّا أخرناه إلىٰ حين الوفاة مراعاةً لحق سيدها؛ لأنه قصد بالاستيلاد الاتصال بها وتقربها، وإذا كان ذلك حقًّا ثابتًا قبل الوفاة لم يسقط بها.

والميراثُ إنما يثبت بالوفاة، فإذا كانت بسبب من جهته منع ثبوته؛ ولأن تعجيلَ الدَّين وحلوله بموته حقٌّ للميت، لأنه ما لم يُقْضَ هو مرتهن به في قبره، فلهذا قدم(٣)، ولا حظَّ له في توريث وارثه الذي قتله، فلهذا حرم ميراثه، والله أعلم.

---

(١) أخرجه بلفظه: ابن حبان (٤٤٦٥) وأخرجه بنحوه: البخاري (٦٧٨٩، ٦٧٩٠) ومسلم (١٦٨٤) عن عائشة رضي الله عنها.

(٢) في (ق): «سواها».

(٣) في (ص): «حرم قدم»!

• فَصْلٌ •

وأما مالكٌ، فاحتج من نصره بما روىٰ محمد بن سعيد، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أن النبيَّ ﷺ قال: «**المرأةُ ترِثُ مِن ديةِ زوْجِها ومالِهِ، وهو يرِثُ مِن ديتِها ومالِها [ما لم]**[١] **يقتُلْ أحدُهما صاحِبَه عمْدًا، فإذا قَتَلَه عمْدًا لم يرِثْه، وإن قتَلَه خطأ ورِثَ مِن مالِهِ، ولم يرِثْ مِن ديتِهِ**»[٢].

ولأن حرمان الميراث عقوبة تتعلق بالقتل، فلم تتعلق بالخطأ، الدليلُ عليه القصاص؛ ولأن العامد إذا حُرِم الميراث فإنما حُرمه لأنه متهم في استعجاله الميراث بالقتل، وهذا المعنىٰ معدومٌ في حق الخاطئ، لأنه غيرُ متهم بذلك إذْ كان فعله خطأ.

ودليلُنا الأخبار التي ذكرناها، وهي كلُّها علىٰ العموم.

ومن جهة المعنىٰ أنه قتل موروثه، أو مات موروثه بسببٍ من جهته، فوجب أن لا يرثه كالعامد، أو لأن القتلَ معنىٰ يتعلق به ضمان النفس، فوجب أن يتعلق به حرمان الميراث كالعمد.

وطريقةٌ أخرىٰ، وهي أن كلَّ من لا يرثه من ديته وجب أن لا يرثه في سائر أمواله، كالمرتد، والرقيق؛ ولأنه معنىٰ منع ميراثه من الدية، فوجب أن يمنع ميراثه من غيرها، أصلُه: الرقُّ والردة؛ ولأن كل ما ورثه غير القاتل، وجب أن لا يرثه القاتل كالدية.

فإن قيل: إنما لم يرث الدية؛ لأن القتل سببٌ استحق به الدية عليه، فلا يجوز أن يستحقها به؛ لأن ذلك متضاد، **فالجوابُ عنه من وجهين**:

---

(١) ليس في (ص)، (ق)، وهي زيادة ضرورية .

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٧٣٦)، والدارقطني (٤٠٧٤) والبيهقي (١٢٢٤٩) وسيأتي تضعيف المصنف له.

أحدهما: أن دية الخطأ ما استحقتْ عليه، وإنما استحقتْ علىٰ العاقلة؛ لأنها تغرمها، فالاستحقاق علىٰ الغير، وإذا كان كذلك لم يكن هاهنا مضادة.

والثاني: أنه كان يجب أن تقولوا: إن القدر الذي يستحقه بالميراث من الدية يسقط عنه، ويلزمه الفاضل؛ لأن ذلك القدر لو أوجبناه عليه وأخذناه منه، وجب ردُّه إليه، فسقط في الأصل، كما نقول في الرجل يقتل عبده: إنه لا تلزمه القيمة؛ لأنها لو وجبت وجبت له.

فأما الجوابُ عن الخبر، فإن راويه عن عمرٍو، مجهول، فيقال: هو محمد ابن سعيد الشامي المقتول في الزندقة[١]، وقيل: هو محمد بن سعيد الواسطي، وقيل: الطائفي[٢] وإذا لم تثبت معرفتُه لم يحتج بخبره.

وفي عمرو بن شعيب[٣] أيضًا مقال[٤].

ويقال: إن ذِكر قتل الخطأ من كلام الراوي أدرجه في الحديث؛ لأن إسحاق بن عبد الله[٥] رواه ولم يذكره في الخبر.

---

(١) ذكره البوصيري فقال: محمد بن سعيد وهو المصلوب، قال أحمد: حديثه موضوع. وقال مرة: عمدًا كان يضع، وقال أبو أحمد الحاكم: كان يضع الحديث صلب علىٰ الزندقة، وقال الحاكم أبو عبد الله: ساقط بلا خلاف.

(٢) ذكره الدارقطني (٤٠٧٤) ونقله البيهقي (٦/ ٣٦٣) عنه.

(٣) في (ق): «سعيد»، وهو تحريف.

(٤) لعله يشير لما قاله البيهقي (٦/ ٣٦٣): والشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ كالمتوقف في روايات عمرو بن شعيب إذا لم ينضم إليها ما يؤكدها، قال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: ليس في الفرق بين أن يرث قاتل الخطأ ولا يرث قاتل العمد خبر يتبع، إلا خبر رجل فإنه يرفعه، لو كان ثابتًا كانت الحجة فيه، ولكن لا يجوز أن يثبت له شيء ويرد له آخر لا معارض، قال الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا لم يثبت الحديث فلا يرث عمدًا ولا خطأ شيئًا، أشبه بعموم أن لا يرث قاتل ممن قتل.

(٥) إسحاق بن عبد الله بن أبي فروة، الراوي عن أبي هريرة، وحديثه عند ابن ماجه (٢٦٤٥)، وإسحاق ضعيف متروك الحديث، فكيف يرجح المصنف بروايته وهو متروك!

وأما قياسُهُم على القصاص، فالجوابُ عنه أنه يبطل بالدية؛ لأنها عقوبة تتعلق بالعمد وتتعلق بالخطأ.

فإن قالوا: وجوبُ الدية ليس بعقوبة، **قلنا:** فمنع الميراث أولىٰ أن لا يكون عقوبة، لأنه منع مال، والديةُ أخذُ مال، والمنعُ أخف من الأخذ.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن التهمة[1] لا تلحقه، فهو أنه ليس كذلك، لأنه ربما عوج يده أو سهمه ليرىٰ أنه مخطئ، وليس بمخطئ، فلم يصح ما قالوه.

• فَصْلٌ •

وأما أبو حنيفة رَحِمَهُ اللَّهُ **فإنه قال: القاتلُ بالمباشرة لا يرث إلا أن يكون صبيًّا، أو مجنونًا، أو عادلًا قتل قريبه الباغي.** واحتج علىٰ ذلك بشيئين؛ **أحدهما:** أن حرمان الميراث عقوبة تتعلق بالعمد، فلم تتعلق بفعل الصبي والمجنون كالقصاص، ولأن الصبي غير متهم باستعجال الميراث؛ لأنه لا يعرف الميراث، فكيف يعرف استعجاله، وإنما حرم القاتل الميراث لأجل ذلك.

ودليلُنا الأخبار التي ذكرناها في المسألة قبلها، والأقيسة التي أوردناها، وهاهنا طريقة أخرىٰ تختص بهذه المسألة وهو أن كل معنىٰ منع ميراث البالغ العاقل، وجب أن يمنع ميراث الصبي والمجنون كالرق.

فأما الجوابُ عن قياسه على القصاص، فهو أنه يبطل بالدية، لأنها عقوبة تتعلق بالقتل، وقد تعلقت بقتل الصبي، ثم ليس إذا لم يتعلق به القصاص، وجب أن لا يتعلق به حرمان الميراث، ألا ترىٰ أن قتل الخطأ لا يتعلق به القصاص، ويتعلق به حرمان الميراث.

وأما الجوابُ عن قولِهِ إن القاتل إنما حرم الميراث لما يلحقه من التهمة،

---

(١) في (ق): «القيمة»، وهو غلط.

فهو أن التهمةَ تلحق المجنون أيضًا، لأنه ربما تجانن كما قلنا في الخاطئ: ربما تخاطأ، ولم يكن مخطئًا، والصبي قد يتهم بذلك أيضًا؛ لأنه إذا كان مميزًا عرف ذلك، فاتهم بقصده استعجال الميراث، وإذا ثبت أن الصبي المميز قد يتهم بذلك، وتعذر الوقت الذي يميز فيه والذي لا يميز فيه، وجب أن يُحسم الباب في الجملة، كما قلنا في تعليلنا الخمر بالشدة المطْرِبة التي فيها، وهي الإسكار، أن الإسكار يختلف علىٰ حسب اختلاف الطبائع، فحسم الباب بتحريم كثيرها وقليلها، فكذلك هاهنا.

• فَصْلٌ •

وأما القتلُ بالسبب، مثل أن يحفر بئرًا فيقع فيها موروثه، أو ينصب سكينًا وما أشبه ذلك، فإن حرمان الميراث يتعلق به عندنا.

وقال أبو حنيفة: لا يتعلق به إلا إذا كان راكب دابة فداست موروثه، فمات، فإنه يحرم ميراثه.

واحتج بأنه سببٌ لا يتعلق به قصاص ولا كفارة، فوجب أن لا يكون قاتلًا به، قياسًا عليه إذا أمسكه؛ ولأنه لو حفر بئرًا في ملكه، فوقع فيها موروثه، لم يكن قاتلًا به وورثه، فكذلك إذا حفر في ملك غيره؛ ولأن ما لا يكون قاتلًا به في ملكه، لا يكون قاتلًا به في ملك غيره.

ودليلُنا أنه فعلٌ يتعلق به ضمان النفس، فوجب أن يتعلق به حرمان الميراث، أصله: المباشرة؛ ولأن من تحملت عنه الدية، وجب أن لا يرثها، أصله: إذا داسته دابتُه[1] التي هو راكبها فقتلته.

---

(١) زيادة ضرورية .

فأما الجوابُ عن قياسِهِم على الإمساك بعلة أنه لا يتعلق به قصاص ولا كفارة، فلا نسلِّم ذلك؛ لأن عندنا تتعلق به الكفارة، وإن أسقطوا ذكر الكفارة انتقض بالخطأ، فإنه إذا قتله مباشرهُ خطأ لم يتعلق به القصاص، ويكون قاتلًا يحرم الميراث.

ثم المعنىٰ في الإمساك أنه لم يتعلق به ضمان النفس، فلم يتعلق به حرمان الميراث، [وليس كذلك في مسألتنا، فإن ضمان النفس يتعلق بالسبب الذي اختلفنا فيه، فلهذا تعلق به حرمان الميراث][1]

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن ما لم يكن قاتلًا به في ملكه لم يكن به قاتلًا إذا فعله في غير ملكه، فهو أن الشرع جعل ذلك الفعل إذا فعله في غير ملكه قتلًا ولم يجعله إذا فعله في ملكه قتلًا، ألا ترىٰ أنه إذا فعله في غير ملكه تعلق ضمان النفس به، وإذا فعله في ملكه لم يتعلق به ضمان النفس.

فإن قيل: وجوبُ الضمان لا يدلُّ علىٰ أن ذلك قَتْلٌ، ألا ترىٰ أن العاقلة يلزمهم ضمان الدية، ولم يوجد من جهتهم قتل.

فالجوابُ أن العاقلةَ تتحمل ما ضمنه الحافر بفعله، كما تتحمل ما قتله مباشره خطأ بفعله.

فرع

أخوان أمر أحدُهما الآخر بحفر بئر، فحفرها، فوقع فيها أبوهما فمات، فإن الآمر يرثه دون الحافر؛ لأن المأمور لا يلزمه فِعْلُ ما أُمر به، فهو حافِرٌ للبئر باختياره، وهكذا إذا أمسكه أحدُهما وقتله الآخر، ورثه الممسكُ دون القاتل لما ذكرنا.

---

(١) ليس في (ق).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال: (وَمَنْ عُمِّيَ مَوْتُهُ كُلُّ هَؤُلَاءِ لَا يَرِثُونَ)(١).

وهذا كما قال.. إذا غرق أخوان، أو ماتا تحت هدم، ففيه خمس مسائل:

الأولى: إذا تعين السابقُ منهما موتًا، فإن المتأخر منهما موتًا يرث أخاه.

والثانية: إذا تعين السابقُ منهما موتًا، ثم نسي [المتأخر منهما](٢) فأشكل أمره بعد اليقين، فإنا نوقف الميراث رجاء أن يذكر؛ لأن ما نسي يجوز أن يتذكر.

والثالثة: إذا علم أن أحدهما مات قبل الآخر، مثل أن يكونا في سفينتين فغرقت إحداهما قبل الأخرىٰ، غير أنه لم يتعين لنا.

والرابعة: إذا أشكل فلم يدر أيهما مات أولًا.

والخامسة: إذا علمنا أنهما ماتا دفعة واحدة.

فإن في هذه المسائل الثلاثة يرثهما الأحياء من ورثتهما، ولا يرث أحدهما من الآخر، فإذا غرق ثلاثة إخوة وخلَّفوا ابن عم، وأمًّا، كان للأم الثلثُ من مال كلِّ واحد منهم، وكان الباقي لابن العم، ولم يرث الإخوة بعضُهم من بعض.. هذا مذهبُنا، وهو مذهب زيد بن ثابت(٣).

ورویٰ أبو بكر بن المنذر(٤) أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قضىٰ في قتلىٰ اليمامة مثل ذلك، وبه قال ابن عباس، وأبو حنيفة، وأصحابه، وأبو ثور(٥).

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٨).
(٢) ليس في (ص).
(٣) الأوسط (٧/ ٤٩٨) ذكر ميراث الغرقىٰ والقوم يموتون لا يدرىٰ من مات قبل.
(٤) الأوسط (٦٩٠٥).
(٥) الأوسط لابن المنذر (٧/ ٤٩٩).

وروي عن علي [بن أبي طالب][١] ﵁ أنه ورَّث بعضَهم من بعض من تالِد ماله دون طارِفِهِ[٢] - يريد بالطارف ما يحصل لكلٍّ واحد منهم ميراثًا من إخوته الذين ماتوا معه - وهو قولُ شُريح، وعطاء، والحسن، وابن أبي ليلىٰ، والحسن بن صالح، وشريك، ويحيىٰ بن آدم، وأحمد، وإسحاق، وهو قولُ إياس بن عبدٍ صاحب رسول الله ﷺ[٣]، وعن عمر ﵁ روايتان؛ إحداهما: مثل قولنا[٤]، والأخرىٰ: مثل قولهم، وعن الثوري قولان أيضًا[٥].

فمن نصرهم احتج بما روىٰ إياس بن عبدٍ ﵁ أن النبيَّ ﷺ نهىٰ عن بيع الماء[٦] وسئل عن قوم وقع عليهم بيت، فقال: يرث بعضُهم بعضًا[٧].

ودليلُنا قوله تعالىٰ: ﴿**إِنِ ٱمۡرُؤٌاْ هَلَكَ لَيۡسَ لَهُۥ وَلَدٞ وَلَهُۥٓ أُخۡتٞ فَلَهَا نِصۡفُ مَا تَرَكَ**﴾، فورَّث الحيَّ من الميت ولم يورِّثِ الميت من الحي، وهم يورِّثون الميتَ من الحي، ولأن كلَّ واحد منهما لا تتحقق حياته عند موت موروثه فوجب أن لا يرثه، أصله: الجنين إذا أسقطته أُمه ميتًا، فإنه لا يرث؛ لأنَّا لم نتحقق حياته وقت موت أبيه؛ ولأن توريث بعضهم من بعض خطأ بيقين، لأن الأخوين إذا غرقا فلا يخلو من أن يكونا ماتا دفعة واحدة، أو مات أحدهما بعد الآخر.

---

(١) ليس في (ق).

(٢) أخرجه عبد الراق (١٩١٥٠، ١٩١٥٢، ١٩١٥٣) والدارمي (٣٠٩١).

(٣) الأوسط (٦٩٠١).

(٤) الأوسط (٦٨٩٨).

(٥) وبه قال عمر بن عبد العزيز، وقال الزهري: مضت السنة بذلك، وكذلك قال مالك بن أنس، والأوزاعي، والشافعي، وأبو ثور، وأصحاب الرأي. واختلف في هذه المسألة عن سفيان الثوري فحكي عنه القولين جميعًا.. الأوسط (٧/ ٤٩٩).

(٦) أخرجه أبو داود (٣٤٧٨) والترمذي (١٢٧١) وابن ماجه (٢٤٧٦).

(٧) أخرجه عبد الراق (١٩١٥٠) والدارقطني (٤٠٧٩).

[فإن كانا قد ماتا دفعةً واحدةً فإن أحدًا منهما لا يرث الآخر، وإن كان أحدهما مات بعد الآخر][1]، فالمتأخر موته يرث دون الآخر المتقدم، وليس هاهنا قسم ثالث يثبت فيه توريث كل واحد منهما من الآخر، فثبت أن ذلك خطأ بيقين.

فأما الذي ذكروه فالجوابُ عنه أن ظاهر اللفظ يقتضي أن إياسًا سئل عن ذلك فأفتىٰ بذلك الحكم، وليس هو براجع إلىٰ النبي ﷺ، والذي يدل عليه، ما حكي عن إياس أنه قال بهذا المذهب، وإذا كان ذلك من قول إياس لم تكن فيه حجة، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَا يُحْجَبُونَ)[2].

وهذا كما قال.. كلُّ من لا يرث ممن ذكرنا من الكافرين، والمملوكين، والمرتدين، والقاتلين، فإنه لا يحجب وارثًا عن ميراثه بحال.

وقال ابن مسعود[3]: يحجب الحجب المقيد، ولا يحجب الحجب المطلق.

والحجبُ المطلقُ هو مثل حجب الابنِ ابنَ الابن، والمقيدُ مثل حجب الولدِ للزوج عن النصف إلىٰ الربع وما أشبه ذلك، فإذا ماتت امرأة، وخلفت زوجًا وابنًا كافرًا، فللزوج النصف عندنا، وعلىٰ قول عبد الله يكون له الربع.

ودليلُه في المسألة قوله تعالىٰ: ﴿وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ ۚ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ﴾ ولم يفرق بين أن يكون وارثًا،

(١) ليس في (ق).
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٨).
(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٩١٠٢).

أو غير وارث، وقوله تعالىٰ: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ۚ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ فحجب الأم بالإخوة عن الثلث إلىٰ السدس، والإخوة لا يرثون مع الأب، فهم غير وارثين، وقد حجبوها، فكذلك لا يمتنع في مسألتنا، أن لا يرث الكافر والمملوك ويحجبا.

وهذا غلط؛ لأن كلَّ من لا يحجب حجب الحرمان، لا يحجب حجب النقصان، كالولد الميت؛ ولأنه أحد الحجبين، فلم يصح ممن ليس بوارث كالحجب الآخر الذي هو الحرمان؛ ولأن من لا مدخل له في الميراث لمعنىٰ في نفسه، وجب أن لا يكون له مدخل في الحجب، أصله: الميت الذي ذكرناه.

فأما الجوابُ عن الآية، فهو أن المراد بها إذا كان الولد وارثًا، الدليلُ عليه قولُه تعالىٰ في أول الآية: ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ وأراد الأولاد الذين يرثون.

وأما دليلُه الثاني فالجوابُ عنه أن الإخوة من أهل الميراث، ولهم مدخل فيه، وإنما حجبوا لمعنًىٰ في غيرهم وهو الأب، لأنه أقرب إلىٰ الميت من إخوته، وليس كذلك الرقيق والكفار، فإنهم لا مدخل لهم في الميراث، وليس هم من أهله لمعنىٰ في أنفسهم، فلذلك لم يحجبوا.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَا يَرِثُ الْإِخْوَةُ وَالْأَخَوَاتُ مِنْ قِبَلِ الْأُمِّ مَعَ الْجَدِّ، وَإِنْ عَلَا، وَلَا مَعَ الْوَلَدِ، وَلَا مَعَ وَلَدِ الِابْنِ، وَإِنْ سَفَلَ)[١].

وهذا كما قال.. قد مضىٰ ذِكْرُ من لا يرث بحال، وذَكَرَ الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٤).

هاهنا من يرث في حال دون حال، فبدأ بولد الأم، وهم الإخوة والأخوات من الأم، ولا يرثون مع أربعة: مع الولد ذكرًا كان أو أنثىٰ، ومع ولد ابن وإن سفل ذكرًا كان أو أنثىٰ، ومع الأب والجد وإن علا.

والأصلُ في ذلك قوله تعالىٰ: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمۡرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوۡ أُخۡتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنۡهُمَا ٱلسُّدُسُۚ فَإِن كَانُوٓاْ أَكۡثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمۡ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِ﴾ وأراد الإخوة والأخوات من الأم، والدليلُ عليه ثلاثة أشياء:

أحدها: ما روىٰ أبو بكر ابن المنذر[1] بإسناده عن سعد[2] بن أبي وقاص أنه كان يقرأ: (وله أخ أو أخت من أم) ولا يقرأ ذلك إلا توقيفًا[3].

والثاني: أنه سوَّىٰ بين الذكر والأنثىٰ في الميراث، فجعل لكلِّ واحد منهما السدس عند الانفراد، والثلث بينهم بالسوية عند الاشتراك، فدل علىٰ أنه توريث بقرابة الأم دون الأب.

والثالث: أنه ذَكَرَ الإخوة والأخوات في آية أخرىٰ، فجعل للأخت النصف إذا انفردت، وللأخ جميع المال إذا انفرد، وللأختين الثلثين إذا انفردتا، وجعل المال للإخوة والأخوات عند الاجتماع للذَّكر مثلُ حظِّ الأُنثيين، وهو قولُه تعالىٰ: ﴿يَسۡتَفۡتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفۡتِيكُمۡ فِي ٱلۡكَلَٰلَةِ﴾ الآية، فدل ذلك علىٰ أن المراد بتلك الآية ولد الأم.

إذا ثبت هذا، فقد اختلف الناسُ في الكلالة، فقيل: الكلالة صفة للميت إذا لم يخلِّف ولدًا ولا والدًا، أخذ ذلك من كَلَّ يكِلُّ، فكان المراد به أنه قد كَلَّ طرفاه.

---

(١) الأوسط (٦٧٨١).

(٢) في (ق): «سعيد»، وهو تصحيف.

(٣) ولكن هذه القراءة غير متواترة.. ينظر: الطبري (٤/ ٢٨٧) والقرطبي (٥/ ٧٨).

وروي عن ابن عباس ﵁ أنه قال: الكلالةُ الذي مات ولم يدع ولدًا ولا والدًا[١].

وروي عن عمر ﵁ أنه قال: أتىٰ عليَّ زمانٌ ما أدري ما الكلالة، وإنما الكلالة من لا أب له ولا ولد[٢].

وقيل: إن الكلالة اسم للورثة [سوىٰ الولد والوالد][٣]، وقيل: هو اسم للجميع، فيقال للميت إذا لم يخلِّف والدًا ولا ولدًا كلالة، ويقال للورثة سوىٰ الولد والوالد كلالة.

قال القاضي أبو الطيب ﵀: وهذا أصح عندي، لأن الله تعالىٰ قال: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمۡرَأَةٌ﴾ فنصب الكلالة، وظاهر اللفظ يقتضي أنه صفة للميت، وروي ذلك عن عمر، وابن عباس ﵄، وقال في الآية الأخرىٰ: ﴿يَسۡتَفۡتُونَكَ قُلِ ٱللَّهُ يُفۡتِيكُمۡ فِي ٱلۡكَلَٰلَةِ﴾ وظاهرها يقتضي أن الكلالة اسم للورثة، لأن الاستفتاء كان فيهم لا في الميت.

وروي عن أبي بكر الصديق ﵁ قال: إني رأيتُ في الكلالة رأيًا، فإن رأيتم أن تتبعوه؛ الكلالة ما عدا الوالد والولد من الورثة[٤].

وقال الشعبي: الكلالةُ مَن سوىٰ الوالد والولد من الورثة، الإخوة والأخوات وغيرهم، وقال مثل ذلك علي، وزيد، وعبد الله ﵃، ويدلُّ عليه أيضًا قول الفرزدق[٥] يمدح بني أمية:

وَرِثْتُمْ قَنَاةَ الْمُلْكِ لا عَنْ كَلَالَةٍ ... عَنِ ابْنَيْ مَنَافٍ عَبْدِ شَمْسٍ وَهَاشِمِ

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٩١٨٩) وابن أبي شيبة (٣٢٢٥٦).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٩١٩١) والدارمي (٣٠١٥).

(٣) ليس في (ق).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٢٢٥٥).

(٥) همام بن غالب بن صعصعة، والبيت في الصحاح (٥/ ١٨١١) والمجمل (ص ٧٦٥).

يريد أنكم ورثتم المُلْكَ عن آبائكم لا عن الكلالة، وأضاف هاشمًا إلىٰ عبد شمس؛ لأن في بني أمية من ولد هاشم، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَا يَرِثُ الْإِخْوَةُ وَلَا الْأَخَوَاتُ مَنْ كَانُوا مَعَ الْأَبِ، وَلَا مَعَ الِابْنِ، [وَلَا مَعَ ابْنِ الِابْنِ][١]، وَإِنْ سَفَلَ)[٢].

وهذا كما قال.. لا يرثُ الإخوة والأخوات من الأب والأم، مع ثلاثة: مع الابن [ومع ابن الابن][٣] وإن سفل، ويرثون مع البنت، وبنت الابن، ولا يرثون مع الأب، ويرثون مع الجد علىٰ ما نبينه بعد إن شاء الله.

والدليلُ علىٰ أنهم لا يرثون مع هؤلاء الثلاثة[٤] قوله تعالىٰ: ﴿قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِى ٱلْكَلَٰلَةِ ۚ إِنِ ٱمْرُؤٌا۟ هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ۚ وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ﴾ فشرط في ميراث الأخ والأخت عدم الولد، وكان في ذلك تنبيه علىٰ أن عدم الأب شرط أيضًا؛ لأنه جعل للأخت النصف إذا انفردت، وهي لا ترث مع الأب، وجعل للأخ جميع المال، وهو لا يرث مع الأب، فدل ذلك علىٰ أن عدم الأب شرط في توريثهم، وإذا كان هناك أب حجبهم ولم يرثوا، وأما الإخوةُ والأخواتُ من الأب فيحجبهم أربعة: الابن وإن سفل، والأب، والإخوة والأخوات من الأب والأم، والله أعلم.

---

(١) زيادة ضرورية من المختصر، وينظر الحاوي الكبير (٨/ ٩٣)، وبحر المذهب (٧/ ٤١٢).
(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٤).
(٣) زيادة ضرورية.
(٤) وهم الأب، والابن، وابن الابن وإن سفل.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَا يَرِثُ مَعَ الْأَبِ أَبَوَاهُ)[١].

وهذا كما قال.. إذا مات وخلَّف أباه، وأبوي الأب، وهما أبَوَا الأب، وأم الأب، فإن أبا الأب لا يرث مع الأب، وهذا إجماع.

وأما أم الأب فعندنا لا ترث ويحجبها ابنها، وبه قال عثمان، وعلي، وزيد بن ثابت، والزبير، وسعد بن أبي وقاص، ومالك، وأبو حنيفة[٢].

وقال أحمد، وإسحاق، وابن جرير الطبري إنها ترث مع ابنها، ويكون لها السدس، وروي ذلك عن عمر، وابن مسعود وأبي موسى، وعمران بن حصين رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُم[٣].

واحتج من نصرهم أن النبيَّ ﷺ ورَّث جدةً وابنها حي؛ ولأنها جدة، فوجب أن لا يحجبها الأب كأم الأم؛ ولأن الأب لا يحجب أم الأم، وأم الأب في درجتها ومرتبتها، وكلُّ من لم يحجب شخصًا لم يحجب الذي في درجته ومقابله كالجد لا يحجب أم الأم، ولا يحجب أم الأب؛ ولأن أكثر ما فيه أنها ترث مع من تدلي به، وذلك لا يمتنع؛ لأن ولد الأم يرثون مع الأم، وهم يدلون بها؛ ولأن أم الأب تقول للأب الذي هو ابنها: أنا لا أزاحمك في حقك، ولا آخذ من ميراثك شيئًا وإنما آخذ حصة أم الأم التي لا تحجبها أنت، فإن كانت موجودة اشتركنا في السدس، وإن انفردتْ أخذت السدس وانفردتْ به، وإن انفردتُ أنا فإني آخذ السدس.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٤).

(٢) الأوسط لابن المنذر (٧/ ٤١٦- ٤١٧).

(٣) الأوسط لابن المنذر (٧/ ٤١٧- ٤١٩).

ودليلُنا: أنها تدلي بابنها وهو الأب، وكلُّ من أدلىٰ بعصبة، فإنه لا يرث معه، كولد الابن مع الابن، وكولد الأخ مع الأخ؛ ولأنها جدة فلم ترث مع ولدها، أصلُه: أم الأم، لأنها لا ترث مع الأم؛ ولأن الجد أبا الأب آكد من الجدة أم الأب؛ لأن له رحمًا وتعصيبًا، وليس للجدة إلا رحم، ثم ثبت أن الأب يحجب الجد [فأولىٰ أن يحجب الجدة](١)؛ ولأن الأب آكد من الأم، لأن له ولادة وتعصيبًا، وليس للأم إلا ولادة، ثم ثبت أن الأم تحجب أمها فأولىٰ أن يحجب الأب أمه.

فأما الجوابُ عن الخبر، فهو أنه لا حجة فيه، لأنه يجوز أن يورث وابنها حي وهو عم الميت، كأن رجلًا مات وخلَّف عمه، وأم عمه، وهي جدته أم أبيه، فيكون لها السدس، والباقي لولدها الذي هو عم الميت.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم على أم الأم، فهو أن أم الأم لا تدلي به، وليس كذلك أم الأب، فإنها تدلي به، ثم نقلبه فنقول: فوجب أن لا ترث مع ولدها كأم الأم.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن الأب لا يحجب أم الأم، فكذلك أمه، لأنها في درجتها، فهو أن هذا باطل بالإخوة والأخوات؛ لأنهم يحجبون الأم، ولا يحجبون الأب، وهما في درجة واحدة.

وأما الجوابُ عن قولِهِم لا يمتنع أن ترث مع وجود من تدلي به كولد الأم، فهو أن أكثر الأصول في الفرائض علىٰ ما ذكرنا، وأن كل من أدلىٰ بشخص لا يرث معه، كولد الابن مع الابن وابن الأخ مع الأخ، وغيرهم، فاعتبار الحكم

---

(١) ليس في (ق).

بالأكثر أولىٰ، ثم ولد الأم لا يرثون؛ لأنهم يدلون بأمهم[١] وإنما يرثون لأنهم ارتكضوا مع[٢] الميت في رحم واحد، وفي مسألتنا إنما ترث الجدة، لأنها تدلي بابنها لا بغير ذلك، فلم ترث معه.

وأما الجوابُ عن استدلالهم بالمزاحمة، فهو أنه يبطل بالإخوة مع الأب؛ لأن الأب يحجبهم، وهم يقولون: لا نزاحمك في حقك، وإنما نزاحم الأم؛ لأنها تأخذ الثلث إذا لم نكن نحن، وتأخذ أنت الثلثين، فإذا كنا معها أخذت السدس، ومع هذا لا يرثون مع الأب بل يحجبهم.

◆ مَسْألةٌ ◆

◆ قال ﷺ: (وَلَا مَعَ الْأُمِّ جَدَّةٌ)[٣].

وهذا كما قال.. أم الأم لا ترث مع الأم، لأنها تدلي بها، فلم ترث معها، كما قلنا في أب الأب وأم الأب أنهما لا يرثان معه، ولأن الجدات إنما يأخذن سدس الأم الذي استُحق بالولادة، فتارة تنفرد به الواحدة منهن، وتارة يشتركن فيه، فإذا أخذته الأم لم يبق لهن شيء، وكذلك لا ترث معها الجدة أم الأب لما ذكرنا من أنها لم يبق لها شيء بعد أخذ الأم السدس.

فرع

لا ترث جدة مع بنتها الوارثة إلا في مسألة واحدة، وهي إذا كانت الجدة هي جدة الميت من قِبَلِ أبيه، ومن قِبَلِ أمه، فيكون السدس بينها وبين بنتها

---

(١) في (ق): «بأمهاتهم».
(٢) في (ص): «في».
(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٤).

نصفين؛ لأنها جدة من قبل الأب بإزاء جدة من قبل الأم، فاشتركتا في السدس، وصورة ذلك أن تكون امرأة لها ابن بنت، وبنت بنت بنت، فزوجته بها، وهي بنتُ بنتِ خالته، فولدت منه ولدًا، فتكون الكبرىٰ جدةَ هذا المولود من قِبَلِ أمه، ومن قِبَلِ أبيه أقرب منها من قِبَلِ الأم، لأنها من قبل الأب علىٰ الدرجة الثالثة من الميت من قِبَلِ أبيه وعلىٰ الدرجة الرابعة من قِبَلِ أمه، فتكون بإزاء بنتها، فترث معها. والله أَعلم.

باب المواريث

◆ قال الشافعيُّ ﷺ: (وَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ فَإِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ وَلَدٍ وَإِنْ سَفَلَ، فَلَهُ الرُّبُعُ، وَلِلْمَرْأَةِ الرُّبُعُ)[١] إلى آخر الفصل.

وهذا كما قال.. لما فرغ الشافعي[٢] ﷺ من ذِكْر من لا يرث ذَكَرَ من يرث، وجملتُه أن من يرث على ضربين: ضربٌ بتعصيب، وضربٌ يرث بفرض وتقدير.

فأما من يرث بتعصيب، فله باب مفرد يجيء فيما بعد إن شاء الله تعالى، وأما من يرث بفرض، فهو على ضربين: ضربٌ يرث بسبب، وضربٌ يرث بنسب.

فأما من يرث بسبب، فهو الزوج، والزوجة، وقد بدأ الشافعي ﷺ بذكر ميراثهما لأن الحكم فيه أخف، وأقل فروعًا ممن يرث بالنسب.

فالزوج يرثُ النصفَ إذا لم يكن للميتة ولد [ولا ولد][٣] ابن، ويرثُ الربعَ إذا كان لها ولد، ذكرًا كان أو أنثى، وإن سفل.

وأما المرأةُ فلها الربعُ إذا لم يكن للميت ولد، ولا ولد ابن، ولها الثمنُ إذا كان له ولد ذكرًا كان أو أنثى، [أو ولد ابن ذكرًا كان أو أنثى][٤] وإن سفل.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٤).

(٢) سبق أن المصنف رحمه الله ذكر أن المزني بدأ بذكر من لا يرث، ثم ذكر من يرث، خلافًا للشافعي رحمه الله.

(٣) ليس في (ص).

(٤) ليس في (ق).

والأصلُ في ذلك قوله تعالىٰ: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ﴾ الآية، فنص الله تعالىٰ علىٰ أن جعل للزوج النصف في حالة، وجعل للمرأة نصف ذلك في مثلها، [وجعل له الربع في الحالة الأخرىٰ، وجعل لها نصف ذلك في مثلها](١)

إذا ثبت هذا، فإن الزوج تارة يأخذ النصف كاملًا، وتارة عائلًا، وكذلك الربع يأخذه تارة كاملًا، وتارة عائلًا.

[وأما المرأةُ، فتارة تأخذ الربع كاملًا، وتارة تأخذه عائلًا، وكذلك الثمنُ تارة تأخذه كاملًا، وتارة عائلًا](٢)

فإذا ماتت امرأة وخلَّفت زوجًا وأبًا، كان للزوج النصف كاملًا، والباقي للأب، وإن خلفت زوجًا وأمًّا وأختين لأب وأم، وأختين لأم، كان له النصفُ عائلًا؛ لأن الفريضة من ستةٍ تعولُ إلىٰ عشرة، للزوج ثلاثة أسهم، وللأم سهم، وللأختين للأب والأم أربعة، وللأختين للأم سهمان، فقد عالت بثلثيها، وهو أكثر ما تعول به الفريضة.

وإن ماتت وخلَّفت زوجًا، وابنًا، كان للزوج الربع كاملًا، والباقي للابن، وإن خلَّفت زوجًا وأبوين، وابنتين، كان له الربع عائلًا؛ لأن الفريضة تكون من اثني عشر، وتعولُ إلىٰ خمسة عشر، للزوج الربعُ ثلاثة، وللأبوين السدسان(٣) أربعة، وللبنتين الثلثان ثمانية.

وإذا مات الرجلُ وخلَّف زوجة وأبًا، كان للزوجة الربع [كاملًا، والباقي للأب.

---

(١) ليس في (ق).

(٢) ليس في (ق).

(٣) في (ق): «السدس»، وهو غلط.

وإن خلَّف زوجة وأمًّا، وأخوين لأم، وأختين لأب وأم، أخذت الربع][1] عائلًا، لأن الفريضة من اثني عشر، تعولُ إلىٰ سبعة عشر، للزوجة ثلاثةُ أسهم وللأم سهمان، وللأخوين للأم أربعة أسهم، وللأختين للأب والأم ثمانية أسهم.

وإن مات وخلَّف امرأة وابنًا، كان للمرأة الثمن كاملًا، والباقي للابن، وإن خلَّف امرأة، وأبوين، وابنتين، كان لها الثمنُ عائلًا؛ لأن الفريضة من أربعة وعشرين، وتعولُ إلىٰ سبعة وعشرين، للمرأة ثلاثةُ أسهم، وللأبوين السدسان ثمانية أسهم، وللبنتين الثلثان ستة عشر سهمًا، فهذا بيان ما يأخذه الزوج والزوجة كاملًا وعائلًا.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالْمَرْأَتَانِ وَالثَّلَاثُ وَالْأَرْبَعُ شُرَكَاءُ فِي الرُّبُعِ إِذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ، وَفِي الثُّمُنِ إِذَا كَانَ وَلَدٌ)[2].

وهذا كما قال.. إذا خلَّف زوجتين أو ثلاثًا، أو أربعًا، كان الربع أو الثمن بينهن بالسوية، وليس لهن أكثر من ذلك لقوله تعالىٰ: ﴿وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم﴾ فدل علىٰ أن ذلك حقهن، وأنه مقسومٌ بينهن بالسوية؛ ولأنَّا لو جعلنا لكلِّ امرأة ربعًا لأتىٰ ميراثهن علىٰ جميع المال؛ لأنه أربعة أرباع، وذلك خلاف الإجماع.. ومثل هذا ما قلنا في الجدات: إن لهن السدس، وليس لهن أكثر منه؛ لأنَّا لو جعلنا لكلِّ واحدة منهن السدس، أتىٰ ميراثهن علىٰ جميع المال، ولم يبق لغيرهن من الورثة شيء، والله أعلم بالصواب.

---

(١) ليس في (ق).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٤).

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال ﵁: (وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ، فَإِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ وَلَدُ وَلَدٍ أَوْ اثْنَانِ مِنْ الْإِخْوَةِ أَوْ الْأَخَوَاتِ فَصَاعِدًا، فَلَهَا السُّدُسُ إِلَّا فِي فَرِيضَتَيْنِ؛ إِحْدَاهُمَا زَوْجٌ وَأَبَوَانِ، وَالْأُخْرَى امْرَأَةٌ وَأَبَوَانِ، فَإِنَّهُ يَكُونُ فِي هَاتَيْنِ الْفَرِيضَتَيْنِ لِلْأُمِّ ثُلُثُ مَا يَبْقَى بَعْدَ نَصِيبِ الزَّوْجِ أَوْ الزَّوْجَةِ، وَمَا بَقِيَ فَلِلْأَبِ)(١).

وهذا كما قال.. للأم في الميراث ثلاثة أحوال، حالةٌ تأخذ فيها الثلث كاملًا، وحالةٌ تأخذ فيها السدس، وحالةٌ تأخذ فيها الثلث ناقصًا.

فأما الحالةُ التي تأخذ فيها ثلث جميع المال، فهي إذا لم يكن في الفريضة ولد ولا ولد ابن، ولا اثنان من الإخوة أو الأخوات أو منهما.

وأما الحالةُ التي تأخذ فيها السدس، فهي إذا كان في الفريضة ولد ذكرًا أو أنثىٰ، [أو ولد ابن، ذكرًا أو أنثىٰ](٢) وإن سفل، أو اثنان من الإخوة أو الأخوات، أو منهما من أب كانا أو من أب وأم أو من أم.

والأصلُ في ذلك قوله تعالىٰ: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ﴾ الآية.

إذا ثبت هذا، فإن الاثنين من الإخوة والأخوات يحجبان الأم من الثلث إلىٰ السدس، وهو قولُ الفقهاء كلهم.

وقال ابن عباس ﵄: لا يحجب الأم من الثلث إلىٰ السدس إلا الثلاثة منهم فصاعدًا(٣)، وروي ذلك عن معاذ بن جبل(٤) ﵁، واحتج من نصره

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٤).

(٢) ليس في (ق).

(٣) الأوسط لابن المنذر (٧/ ٣٩٢) ذكر العدد من الإخوة الذين يحجبون الأم عن الثلث.

(٤) لم يذكر ابن المنذر هذا المذهب إلا عن ابن عباس وحده فقال: وكل من نحفظ عنه من أهل=

بقوله تعالىٰ: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخۡوَةٞ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ والأخوان لا يقع عليهما اسم الإخوة.

ودليلُنا ما روي أن ابن عباس دخل علىٰ عثمان رضي الله عنهما، فقال له: ليس الأخوان إخوة في لسان قومك، فلم حجبت الأم؟ فقال: لا أستطيع أن أرد شيئًا كان قبلي ومضىٰ في البلدان وتوارث الناس به[1]، فدل هذا علىٰ أن الإجماع قد سبق ابنَ عباس علىٰ أن الأخوين يحجبان الأم.

ولأنه حجبٌ يتعلق بعدد، فوجب أن يكون الاثنان ابتداءَ ذلك العدد، أصلُه: حجبُ الأخواتِ للأب والأم الأخوات للأب، لأن الأختين من الأب والأم يأخذان الثلثين، ويحجبان الأخوات من الأب؛ ولأن العدد يتعلق به أمران: تغير الفرض، والحجب، ثم ثبت أن الفرضَ يتغير بالاثنين؛ لأن للأخت من الأب والأم النصف، وللأختين الثلثان، وللأخ من الأم السدس، وللأخوين الثلث، فكذلك الحجبُ وجب أن يتعلق بالاثنين.

فأما الجوابُ عما ذكره ابن عباس رضي الله عنه، فهو أن الله تعالىٰ ما ذكر الأخوات، وقد أجمعنا علىٰ تعلق الحجب بالأخوات، كتعلقه بالإخوة، فجعلن فيه بمنزلة الإخوة، كذلك جُعل الأخوان بمنزلة الإخوة في الحجب؛ علىٰ أن من الناس من قال: إن الاثنين أقلُّ الجمع، وهي لغة مشهورة مستعملة، قال الله تعالىٰ: ﴿هَٰذَانِ خَصۡمَانِ ٱخۡتَصَمُواْ﴾ وقال تعالىٰ: ﴿إِذۡ تَسَوَّرُواْ ٱلۡمِحۡرَابَ ﴿٢١﴾ إِذۡ دَخَلُواْ عَلَىٰ دَاوُۥدَ فَفَزِعَ مِنۡهُمۡۖ قَالُواْ لَا تَخَفۡۖ خَصۡمَانِ﴾.

وأما الحالةُ الثالثةُ التي تأخذ الأمُّ فيها ثلثَ بعض المال، فهي في مسألتين:

إحداهما: زوج، وأبوان، فيكون للزوج النصف، وللأم ثلث ما بقي،

=العلم غير ابن عباس، فإنه قال: لا يحجب الأم عن الثلث إلا ثلاثة إخوة فصاعدًا.

(١) أخرجه ابن المنذر (٦٧٦٢).

والباقي للأب[١] وأصلها من ستة، للزوج ثلاثة أسهم وللأم سهم، وللأب سهمان.

والمسألة الثانية: امرأة وأبوان، فيكون للزوجة الربع، وللأم ثلث ما يبقىٰ والباقي للأب، وأصلُها من أربعة، للزوجة سهم، وللأم سهم، وللأب سهمان، وهو قولُ عامة الفقهاء.

وقال ابن عباس: للأم فيها ثلث المال كاملًا، وبه قال داود، والشيعة، وقال محمد بن سيرين في مسألة الزوج والأبوين: للأم ثلث ما بقي، وفي الأخرىٰ: للأم ثلث جميع المال، وبه قال أبو ثور.

واحتج من نصر قول ابن عباس بقوله تعالىٰ: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ فاقتضىٰ ذلك ثلث جميع المال، فهو علىٰ ظاهره.

وروي أن النبيَّ ﷺ قال: «**اقسم المال بين أهل الفرائض على كتاب الله فما أبقتِ الفرائضُ فلأولى عصبةٍ ذكرٍ**»[٢].

فاقتضىٰ ذلك قسمة المال علىٰ الفرائض، فتعطىٰ الأم فرضها، وما يبقىٰ للعصبة.

ولأن الأب عصبة، فوجب أن تدخل عليه المضرة دون الأم، الذي يدل عليه الجد، والذي يؤكد هذا أن الجد بمنزلة الأب، لأن لكلِّ واحدٍ منهما ولادةً وتعصيبًا، وهي ترث ثلث جميع المال مع الجد والزوج والزوجة، فكذلك مع الأب.

ولأن الأم تقول للأب: تعال حدثني، أليس لو انفردتَ أخذتَ جميع المال وإذا اجتمع معك الزوج أخذ النصف، وكان لك الباقي، وإذا انفردتُ

---

(١) في (ق): للأم الثلث مما يبقىٰ وللأب الباقي.

(٢) تقدم تخريجه (ص ٤٩٤).

أنا أخذتُ الثلث، وإذا اجتمعتُ مع الزوج أخذت الثلث أيضًا، ولم يضرني اجتماعه معي، فإذا اجتمع معنا كان الضرر عليك دوني، لأنه لا ينقص من حصتي عند اجتماعي معه وينقص من حصتك عند اجتماعك معه.

ودليلُنا قوله تعالىٰ: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌۚ فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُۚ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ فسوَّىٰ الله بين الأبوين في موضع، وفضَّل الأب علىٰ الأم في موضعين، فمن أعطىٰ الأم ثلث جميع المال في هاتين الفريضتين فضَّلها علىٰ الأب، وأعطاها أكثر مما أعطاه، وذلك مخالفة للكتاب، فوجب أن لا يجوز.

ولأنهما أبوان يزاحمهما ذو فرض، فوجب أن يكون الفاضل بعد فرضه ثلثا وثلثين بينهما، كما لو زاحمهما بنت، فإنها تأخذ النصف وتأخذ الأم السدس، وما بقي للأب وهو الثلث؛ ولأنهما ذكر وأنثىٰ في درجة واحدة يأخذان جميع المال إذا انفردا ثلثا وثلثين كالبنت والابن، لأن المال بينهما تارة للذكر مثل حظ الأنثيين، والفاضل بينهما كذلك تارة أخرىٰ.

ولأن الأب أقوىٰ من الأم؛ لأن له فرضًا يأخذ به السدس، وتعصيبًا يأخذ به جميع المال مرة، والفاضل أخرىٰ، ولأن الإخوة يحجبون الأم من الثلث إلىٰ السدس فيأخذ الأب ما حجبوها عنه، ولا يرثون معه، ويرثون معها، فإذا ثبت أنه أقوىٰ منها لم يجز أن تفضل عليه في الميراث.

فأما الجوابُ عن الآية فمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أن ظاهرها يقتضي أن لا يرث الميت إلا أبواه فحسب؛ لأنه قال: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ﴾ وهذا يقتضي جميع الميراث، وكذلك نقول، وخلافنا إنما هو في فريضة اجتمع فيها معهما غيرهما.

والثاني: أنه أطلق الثلث، فليس له أن يحمله علىٰ ثلث الجميع إلا ولنا أن

نحمله علىٰ ثلث الباقي.

والثالث: أنا قد جعلنا هذه الآية حجة لنا، وذكرنا أن الله تعالىٰ ذكر الأبوين في مواضع، فسوَّىٰ بينهما في بعضها وفضَّل الأب علىٰ الأم في بعضها، فمن فضَّل الأم عليه، فقد خالف الكتاب.

وأما الجوابُ عن احتجاجِهِم بقوله ﷺ: «اقسم المال بين أهل الفرائض على كتاب الله، فما أبقت الفرائض فلأولى عصبة ذكر» فهو أنَّا لا نسلِّم أن الأب ليس من أهل الفرض، ثم إنه عام، فنخصه بما ذكرنا.

وأما الجوابُ عن قياسِهِم [على الجد][١] **بعلة أنه عصبة**، فهو أن الجد ليس في درجة الأم، والأب في درجتها مساوٍ لها[٢]، فافترق حكمهما؛ ولأن الأب أقوىٰ؛ لأنه يحجب الإخوة، والجد لا يحجبهم، وإنما يرث معهم، فلم يجز قياس الأقوىٰ علىٰ الأضعف في الأخذ، وهكذا الجواب عن الاستدلال الذي أكدوا به قياسهم.

وأما الجوابُ عن مناظرة الأم، فنقول: الأب يسمع منها ذلك ويستوفيه عليها، ثم يقول في جوابها عنه: كيف ما كان الأمر فالمزية لي عليك في الأخذ، لأني بين أمرين: بين أن أساويك ونأخذ جميعًا السدس، وبين أن أزيد عليك فآخذ ضعف ما تأخذينه، ثم ينقض كلامها بالبنت والابن، لأن البنت تقول للابن: إذا انفردتَ أخذتَ جميع المال، وإذا اجتمعتَ مع الزوج، أخذتَ الفاضل بعد الربع، فنقص الزوج من حقك، وإذا انفردتُ أنا أخذتُ النصف، وإذا اجتمعتُ معه أخذ النصف، فلا ينقص حقِّي، فإذا اجتمعنا وجب أن يدخل عليك الضرر دوني، وهذا علىٰ ترتيب ما تقوله الأم

---

(١) ليس في (ص).

(٢) في (ق): «درجتهما مساو لهما».

للأب، ولا يقبل ذلك منها، بل يجعل للابن ضعف ما يجعل لها، كذلك حكم الابوين إذا اجتمعا.

• فَصْلٌ •

وأما ابنُ سيرين، فقد فرق بين الفريضتين، فقال: يكون للأم في فريضة الزوج ثلث الباقي، ولم يجعل لها ثلث الجميع؛ لأن ذلك يؤدي إلىٰ تفضيلها علىٰ الأب، ويكون لها في فريضة الزوجة ثلث الجميع، لأن ذلك لا يؤدي إلىٰ تفضيلها عليه، لأن المسألة تكون من اثني عشر، فيكون للزوجة ثلاثة، وللأم أربعة، وللأب خمسة، فيحصل له أكثر مما يحصل لها.

وهذا غلطٌ؛ لأنهما أبوان زاحمهما أحد الزوجين، فوجب أن يجعل للأم ثلث الباقي، أصلُه: فريضة الزوج؛ ولأن الصحابة رضي الله عنهم أجمعوا علىٰ التسوية بين الفريضتين في الحكم إما في ثلث الجميع، وإما في ثلث الباقي، فالفصلُ بينهما خرقٌ لذلك الإجماع، فوجب أن لا يجوز؛ ولأن الأب يُفضل علىٰ الأم بضعف ما تأخذ، فيأخذ مثليه، وإذا جعلنا لها ثلث المال كاملًا في فريضة الزوجية، لم يحصل للأب مثلا ما تأخذ، فوجب أن تعطىٰ ثلث الباقي، وهذا جواب عما ذكره من الفرق بين الفريضتين.

♦ مَسْأَلَةٌ ♦

♦ قال رحمه الله: (وَلِلْابْنَةِ النِّصْفُ، وَلِلابْنَتَيْنِ فَصَاعِدًا الثُّلُثَانِ)[1].

وهذا كما قال.. للبنت النصف من التَّرِكة بدليل قوله تعالىٰ: ﴿وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ﴾، وهذا إجماع[2]، وأما البنتانِ فلهما الثلثان، وهما

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٤).

(٢) الأوسط لابن المنذر (٧/ ٣٨١).

بمنزلة الثلاث، وقال ابن عباس: يكون لهما النصف وإنما يتغير الفرض بالثلاث بنات.

واحتج من نصره بقوله تعالىٰ: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ فجعل لهن الثلثين بشرط أن يكن فوق اثنتين.

ودليلُنا أنها أنثىٰ إذا انفردتْ أخذتِ النصف، وإذا اجتمع معها أخرىٰ وجب أن تأخذ الثلثين كالأخت؛ ولأنه فرضٌ يتغير بزيادة عدد، فوجب أن تستوي فيه البنتان والثلاث كفرض الأخوات من الأب والأم، [ومن الأب][1].

ولأنهن أجرين مجرىٰ الأخوات بدليل أن المال بينهن مع البنين للذَّكر مثلُ حظِّ الأُنثيين كما يكون بين الإخوة والأخوات، فإن النصف جُعل للواحدة، والثلثان للثنتين، وإذا اجتمع معهن الإخوة، كان للذَّكر مثلُ حظِّ الأُنثيين، وإذا كان كذلك وجب أن تكون البنتان في الحكم بمنزلة الثلاث، كالأخوات.

ولأن البنات أقوىٰ من الأخوات؛ لأن الابن لا يحجبهن، ويحجب الأخوات، ثم ثبت أن للأختين الثلثين، فأولىٰ أن يكون ذلك للبنتين.

وأما الجوابُ عن الآية، فمن ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الله تعالىٰ ذكر ميراث البنت، وميراث البنات، ولم يذكر ميراث البنتين، وذكر ميراث الأختين، فجعل لهما الثلثين، فكأن فيه تنبيهًا علىٰ البنتين، لأن البنات والأخوات أجرين مجرىٰ واحدًا في الميراث.

والجواب الثاني: أن «فوق» صلة زائدة في الكلام، كما قال: ﴿فَٱضْرِبُواْ فَوْقَ ٱلْأَعْنَاقِ﴾ ومعناه: فاضربوا الأعناق.

---

(١) ليس في (ق) وزاد في (ص): «والأم»، وهو غلط.

والثالث: أن الآية لا حجية فيها، لأنه ذكر ميراث البنات، ولم يذكر ميراث البنتين، وخلافنا في ميراثهما، ولم يجر لهما ذكر فيها.

فإن قيل: دليل خطابه يدل على أن حكم البنتين خلاف حكم ما فوق الاثنتين. **قلنا:** ودليل خطاب قوله: ﴿وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ﴾ يدل على أن حكم البنتين بخلاف حكم الواحدة، فتعارض الدليلان، ولا حجة في النطق فلم يثبت له دليل الخطاب وبطل ما تعلقوا به، والله أعلم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال ﷺ: (فَإِذَا اسْتَكْمَلْنَ الثُّلُثَيْنِ، فَلَا شَيْءَ لِبَنَاتِ الِابْنِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِلْمَيِّتِ ابْنُ ابْنٍ، فَيَكُونَ مَا بَقِيَ لَهُ وَلِمَنْ فِي دَرَجَتِهِ أَوْ أَقْرَبَ إِلَى الْمَيِّتِ مِنْهُ مِنْ بَنَاتِ الِابْنِ مَا بَقِيَ، للذَّكر مثلُ حظِّ الأُنثيين)[١].

وهذا كما قال.. قد ذكرنا أن للبنتين فصاعدًا الثلثين، **إذا ثبت هذا، فإذا** استكمل البنات الثلثين، وهناك بنت ابن لم يكن لها شيء من الفرض، والدليلُ عليه شيئان:

أحدهما: قوله تعالى: ﴿فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ﴾ فجعل للنساء بالبنوة الثلثين، ولم يجعل لهن أكثر من ذلك، وقد استوفى البنات ذلك.

والثاني: أنه لا يخلو من أن يقال: إنه يفرض لها شيء آخر غير الثلثين، أو تشارك البنات في الثلثين، فبطل أن يقال: يفرض لها؛ لأن النساء لا يستحققن بالبنوة أكثر من الثلثين، والفرضُ لها بعد الثلثين يؤدي إلى الزيادة وبطل القسم الآخر؛ لأنها دون البنات في الدرجة، وإذا بطل القسمان ثبت أنها لا

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٨).

ترث شيئًا من الفرض.

هذا إذا انفردتْ ولم يكن معها أخوها أو ابن عمها الذي هو ابنُ ابن أخي الميت، فأما إذا كان معها أحدهما، فإنه يعصبها فيكون الفاضل بينهما للذَّكر مثلُ حظِّ الأُنثيين.

وهذا قول الفقهاء أجمع، وعليه الصحابة كلهم إلا ابن مسعود رضي الله عنه[١] فإن قال: يكون الفاضل لابن الابن الذي هو أخوها أو ابن عمها، ولا شيء لها فيه.

واحتج بأنها فإذا انفردت لم يكن لها شيء من الفاضل، فكذلك إذا اجتمع معها غيرها. قال: ولأن النساء لا يستحققن بالبنوة أكثر من الثلثين، ولو جعلنا لها شيئًا من الفاضل أدىٰ ذلك إلىٰ الزيادة علىٰ الثلثين.

ودليلُنا أن بنت الابن وابن الابن ذكر وأنثىٰ يقتسمان المال بينهما ثلثًا وثلثين، فوجب أن يقتسما الفاضل بعد ذوي الفروض كذلك الدليل عليه الابن والبنت والأخ والأخت.

ولأن بنت الابن تستضر بابن الابن في موضع، فيسقط إرثُها فيه إذا اجتمع معها، وإذا انفردت أخذت، وهو إذا كان في الفريضة زوجٌ وأبوان وبنت وبنت ابن، وابن ابن، فإن المسألة تكون من اثني عشر، وتعول إلىٰ ثلاثة عشر، للزوج الربع ثلاثة، وللأبوين السدسان أربعة، وللبنت النصف ستة، وعصب ابن الابن بنت الابن فسقطت، ولو كانت المسألة بحالها غير أنه لم يكن فيها ابن ابنٍ عالت إلىٰ خمسة عشر، وأخذت بنتُ الابن السدس سهمين، فإذا كان هكذا وجب أن تنتفع بابن الابن في الموضع الذي لو انفردت فيه لم ترث، فإذا اجتمع معها ورثت حتىٰ يكون هذا الانتفاع به في

---

(١) الأوسط لابن المنذر (٧/ ٣٨٦- ٣٨٧).

مقابلة ذلك الضرر بصحبته.

فأما الجوابُ عن قولِهِ إنها إذا انفردت لم تأخذ شيئًا فكذلك إذا اجتمع معها فهو إنها إذا انفردت كانت من ذوات الفرض ولم يبق شيء منه؛ لأن النساء لا يستحققن بالبنوة أكثر من الثلثين، وإذا اجتمعت مع ابن الابن عصبها فأخذت بالتَّعصِيب.

وأما الجوابُ عن قولِهِ إن النساء لا يستحققن بالبنوة أكثر من الثلثين، فهو أن الأمر كذلك في الفرض، وأما في التَّعصِيب فيجوز أن يستحققن أكثر من الثلثين، ألا ترىٰ أنه إذا خلف ثماني بنات وابنًا، كان للبنات أكثر من الثلثين؛ لأن ذلك بالتَّعصِيب لا بالفرض، فكذلك في مسألتنا ابن الابن يعصبها، فتأخذ معه بالتَّعصِيب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال ﵁: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ إِلَّا بِنْتٌ وَاحِدَةٌ وَبِنْتُ ابْنٍ أَوْ بَنَاتُ ابْنٍ، فَلِلْبِنْتِ النِّصْفُ، وَلِبِنْتِ الِابْنِ أَوْ بَنَاتِ الِابْنِ السُّدُسُ)[1] الفصل إلى آخره.

وهذا كما قال.. إذا خلَّف الميت بنتًا، وبنت ابن، فللبنت النصف، ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين، والدليلُ عليه شيئان:

أحدهما: أن النساء يستحققن بالبنوة الثلثين، والبنتُ لم تستوفِ ذلك، فكان تمام الثلثين لبنت الابن.

والثاني: ما روىٰ هزيل[2] بن شُرحبيل أن رجلًا جاء إلىٰ أبي موسىٰ

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٨).

(٢) في (ص)، (ق): «هرقل»!! وسيأتي على الصواب (ص ٥٥٧).

الأشعري وسلمان بن ربيعة رضي الله عنهما، فسألهما عن بنتٍ وبنتِ ابنٍ وأخت لأب وأم، فقالا: للبنت النصف، وللأخت النصف، وتسقط بنت الابن، وائتِ عبد الله فإنه سيتابعنا، فأتى ابنَ مسعود رضي الله عنه، فأخبره بقولهما، فقال عبد الله: قد[١] ضللتُ إذًا وما أنا من المهتدين، لكني أقضي فيها بقضاء رسول الله ﷺ للبنت النصف، ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين، والباقي للأخت[٢].

وبناتُ الابن في حكم بنت الابن لا يستحققن بعد فرض البنت إلا السدس، فيكون بينهن بالسوية.

هذا إذا لم يكن في الفريضة من الأولاد إلا بنت، وبنت ابن، فأما إذا كان فيها ابنُ ابنٍ إما أخوها، أو ابن عمها، فإنه يُعَصِّبُ بنتَ الابن فيكون الفاضل بينهما للذَّكر مثلُ حظِّ الأُنثيين، وقال ابن مسعود رضي الله عنه: لا يعصبها، ويكون لها الأضر من المقاسمة أو السدس[٣]، وبناه على أصلِهِ الذي تقدم ذِكْره وهو أن البنات إذا استوفين الثلثين لم يكن لبنت الابن بعد ذلك شيء من الفاضل، بل يكون لبني الابن، وليس يجيء على هذا الأصل التفريع.

ولو عصَّبها به وأعطاها شيئًا لناقض في ذلك، فعنده تأخذ الأضر من الأمرين، وعندنا تأخذ ما يخصُّها من المقاسمة، ويلزم عبد الله أن يجعل لها السدس في جميع الأحوال؛ لأن أصله أنه لا يجعل لاجتماع ابن الابن معها تأثيرًا، ويجعل الفاضل بعد الثلثين له دونها.

إذا ثبت هذا، فإذا كان في الفريضة بنت وبنت ابن، وابن ابنٍ، فعندنا يكون

---

(١) زيادة ضرورية.

(٢) أخرجه البخاري (٦٧٣٦، ٦٧٤٢) وأبو داود (٢٨٩٠) والترمذي (٢٠٩٣).

(٣) أخرجه الدارمي (٢٩٣٣).

للبنت النصف، والباقي بين بنت الابن، وابن الابن للذَّكر مثلُ حظِّ الأُنثيين، [وعلىٰ قول عبد الله تكون المقاسمة والسدس سواء، لأن المسألة من ستة، يحصل لها سهم منها بكل حال، وإن كان في الفريضة بنت، وبنتا ابن، وابن ابنٍ، فعلىٰ قولنا يكون الفاضل بعد النصف بين بنتي الابن، وابن الابن للذَّكر مثلُ حظِّ الأُنثيين][1] وأصلُ المسألة من اثنين، وتصح من ثمانية، للبنت أربعة، ولكل بنت ابن سهم، ولابن الابن سهمان.

وعلىٰ قول عبد الله يكون للبنت النصفُ، ولبنتي الابن السدس، والباقي لابن الابن أربعة، فجعل لهما السدس؛ لأنه أضر من المقاسمة.

وإن كان في الفريضة بنتٌ، وابنا ابن، وبنت ابن، فعلىٰ قولنا للبنت النصف والباقي بين ابني الابن، وبنت الابن، للذَّكر مثلُ حظِّ الأُنثيين، والمسألة من اثنين وتصح من عشرة، للبنت خمسة، ولبنت الابن سهم، ولابني الابن أربعة وكذلك علىٰ قول عبد الله؛ لأن المقاسمة أضر عليها من السدس.

فرع

بنتٌ، وبنتُ ابن، وابنُ ابن ابنٍ، للبنت النصفُ، ولبنت الابن السدسُ تكملة الثلثين، والباقي لابن ابن الابن، وهذا إجماعٌ، فإن كان في الفريضة بنت، وابن ابنٍ، وبنت ابن ابنٍ، فللبنت النصف، والباقي لابن الابن، وتسقط بنتُ ابنِ[2] الابن لمعنيين؛ **أحدهما**: أن الابن لما أسقط بنت الابن كذلك أسقط ابنُ الابن بنت ابن الابن، **والثاني**: أنه لو كان بدلها ابن ابنِ ابنٍ، لسقط بابن الابن، فهو أولىٰ بذلك.

---

(١) ليس في (ق).

(٢) ليست في (ص)، (ق) وهي زيادة ضرورية.

فرع

بنتان، وبنتُ ابن، وابنُ ابنِ ابنٍ، للبنتين الثلثان، ويعصب ابنُ ابنِ الابن بنتَ الابن، فيكون الباقي بينهما للذَّكر مثلُ حظِّ الأُنثيين، وقال الأصم[١]: لا يعصِّبها، ويكون الباقي له دونها، كما إذا كان في الفريضة بنت، وبنت ابن، وابن ابنِ ابنٍ، لم يُعَصِّب ابنُ ابن الابن بنتَ الابن، فكذلك في هذه القضية. قال: ولأنه إذا كان في الفريضة أختان لأب وأم، وأخت لأب وابن أخ كان الفاضل بعد الثلثين لابن الأخ، ولم يُعَصِّب الأخت، فكذلك هاهنا.

ودليلُنا أن بنتَ الابن لو كانت في درجته ورِثتْ، فإذا كانت أعلىٰ منه وأقربَ إلىٰ الميت، وجب أن تكون أولىٰ بالإرث، لأن من ورث في درجة فإنه في[٢] أقرب منها أولىٰ بالإرث، قياسًا علىٰ كل وارث.

فإذا ثبت الإرثُ بهذا القياس، فلا تخلو من أن ترث بالفرض أو بالتَّعصِيب، ولا فرض لها بالإجماع، فوجب أن ترث بالتَّعصِيب، ويفارق هذا إذا كان في الفريضة بنت، وبنت ابن، وابن ابنِ ابنٍ؛ لأنه يُفرض لها السدس، فإذا أخذت بالفرض لم تحتج إلىٰ الأخذ بالتَّعصِيب، وليس كذلك في مسألتنا؛ لأن البنتين استوفتا الثلثين، ولم يبق لبنت الابن منه شيءٌ، فلهذا عصباه ابن ابنِ الابن.

وأما ابن الأخ فإنما لم يُعَصِّب الأخت التي هي عمته، لأنه لا يُعَصِّب أخته التي هي في درجته، وليس كذلك ابن ابنِ الابن، لأنه يُعَصِّب أخته التي هي معه في درجته، فعصَّب بنت الابن التي فوقه، والله أعلم.

---

(١) عبد الرحمن بن كيسان، ابو بكر الأصم. فقيه معتزلي مفسر، توفي سنة ٢٢٥

(٢) في (ق): «درجته فإن من هو» .

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال ﷺ: (وَوَلَدُ الِابْنِ بِمَنْزِلَةِ وَلَدِ الصُّلْبِ فِي كُلِّ الْأَحْوَالِ إِذَا لَمْ يَكُنْ وَلَدَ صُلْبٍ)(١).

وهذا كما قال.. أولادُ الابن إذا لم يكن ولد الصلب بمنزلة أولاد الصلب في حكم الميراث، ومن دونهم بمنزلة أولاد الابن مع أولاد الصلب سواء، لا فرق بينهم في جميع الأحوال.

فلبنت الابن النصفُ إذا انفردت، ولمن دونها من بنات ابن الابن السدس، ولبنتي الابن الثلثان، ولا شيء لمن دونهما من بنات ابن الابن، كما لا شيء لبنات الابن إذا استوفت البنتان الثلثين، إلا أن يكون هناك ابنُ ابنٍ في درجتها أو دونها فيعصبها، فيكون الباقي بينهما.

وأما ابنُ الابن إذا انفرد فله المالُ كله، ويسقط من دونه من بني ابن الابن، وإن كانوا جماعة فالمالُ بينهم بالسوية.

وإن اجتمع ابنُ الابن مع بنت الابن كان المالُ بينهما للذَّكر مثلُ حظِّ الأُنثيين، ويسقط من دونهما.. وعلىٰ هذا الترتيب أبدًا يجعل من سفل من أولاد البنين بمنزلة أولاد الصلب، ومن دونهم بمنزلة أولاد الابن مع أولاد الصلب.

فصل في المعمى

إن قال قائل: ثلاثُ بناتِ ابنٍ بعضهن أسفل من بعض، قيل له: هن بنت ابن، وبنت ابن ابنٍ، وبنت ابن ابنِ ابنٍ، فللعليا النصف، وللوسطىٰ السدس تكملة الثلثين، وتسقط السفلىٰ.

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٩).

فإن قال: فإن كان مع كلِّ واحدةٍ أختها، **قيل**: لبنتي الابن الثلثان ويسقط من دونهما.

فإن قال: مع إحداهن أخوها من أبيها، **قيل**: إن كان مع العليا فالمالُ بينهما للذَّكر مثلُ حظِّ الأُنثيين، [ويسقط من دونهما وإن كان مع الوسطىٰ فللعليا النصف، والباقي بين الوسطىٰ وأخيها للذَّكر مثلُ حظِّ الأُنثيين، وتسقط السفلىٰ وإن كان مع السفلىٰ، فللعليا نصفُ المال، وللوسطىٰ سدسه، والباقي بين السفلىٰ وأخيها للذَّكر مثلُ حظِّ الأُنثيين.

فإن قال: فإن كان مع كلِّ واحدة أخوها من أبيها، **قيل**: المالُ بين العليا وأخيها ويسقط من دونها][1].

فإن قال: فإن كان مع إحداهن عمتها، [**قيل**: إن كان مع العليا عمتها، فهي بنت الميت][2] فيكون لها النصف، وللعليا من بنات الابن السدسُ تكملة الثلثين، ويسقط من دونها.

وإن كانت مع الوسطىٰ فهي بنتُ ابن في درجة العليا إما أختها أو بنت ابن أخي غير أبيها، وتكونُ بنت عم العليا، فيكون لهما الثلثان، وتسقط الوسطىٰ والسفلىٰ، وإن كانت مع السفلىٰ، فهي بنتُ ابن ابنٍ في درجة الوسطىٰ، فيكون للعليا النصف، ويكون السدس للوسطىٰ وعمة السفلىٰ، وسقطت السفلىٰ.

فإن قال: فإن كانت مع كلِّ واحدةٍ عمتها، **قيل**: [عمةُ العليا هي بنت الميت، فيكون لها النصف، والسدس للعليا، ولعمة الوسطىٰ، ويسقط من دونهما.

(١) ليس في (ق).
(٢) ليس في (ق).

فإن قال: فإن كان مع إحداهن عمها][١]، **قيل:** إن كان مع العليا فهو ابنُ الميت فيكون المال له، وتسقطُ بنات الابن.

وإن كان مع الوسطىٰ فهو ابن ابنٍ في درجة العليا، فيكون المالُ بينهما للذَّكر مثلُ حظِّ الأُنثيين، ويسقط من دونَهما، وإن كان مع السفلىٰ فهو في درجة الوسطىٰ، فيكون لبنت الابن النصف والباقي بين الوسطىٰ وعمِّ السفلىٰ للذَّكر مثلُ حظِّ الأُنثيين، وتسقط السفلىٰ.

فإن قال: فإن كان مع كلِّ واحدة عمها، **قيل:** عم العليا ابن الميت، فيكون المال له، ويسقط من دونه.

فإن قال: مع العليا جدها، **قيل:** إن كان الميت رجلًا فهذا محالٌ؛ لأن جدها هو الميت، ولا يخلف الميت نفسه، وإن كان الميت امرأة فجد العليا زوج الميتة فيكون له الربع، وللعليا النصف، وللوسطىٰ السدس تكملة الثلثين ويسقط من دونها.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ **قال** رَحِمَهُ ٱللَّهُ: (وَبَنُو الْإِخْوَةِ لَا يَحْجُبُونَ الْأُمَّ عَنْ الثُّلُثِ، وَلَا يَرِثُونَ مَعَ الْجَدِّ)[٢].

وهذا كما قال.. بنو الإخوة لا يحجبون الأمَّ عن الثلث إلىٰ السدس، وإنما يحجبُها الإخوة والأخوات، والدليلُ عليه قوله تعالىٰ: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ وبنو الإخوة ليسوا بإخوة اسمًا ولا معنىٰ، أما الاسم فلا يسمىٰ ابن الأخ أخًا[٣] في اللغة.

---

(١) ليس في (ق).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٩).

(٣) في (ص): «فلا يسمىٰ أخًا».

وأما المعنىٰ، فإن الأخ يُعَصِّب أخته، ولا يرثون مع الجد؛ لأن الجدَّ بمنزلة الأخ إذا كانا يشتركان في المال، بل الجدُّ أقوىٰ من الأخ؛ لأن المقاسمة إذا كانت أضر عليه من الثلث، وكان الثلث خيرًا له، فُرض له الثلث، وكان ما بقي بين الإخوة وإن قل، ثم ثبت أن ابن الأخ لا يرث مع الأخ، فأولىٰ أن لا يرث مع الجد.

وروي أن علي بن أبي طالب ﷺ كتب إلىٰ عامل له: أن قاسِمْ بين الجد والإخوة إلىٰ السدس، وأنْزِلْ بني الإخوة منازل آبائهم[١]، وروي عنه أنه رجع عن ذلك[٢].

◆ مَسْألةٌ ◆

◆ قال ﷺ: (وَلِوَاحِدِ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ مِنْ قِبَلِ الْأُمِّ السُّدُسُ، وَلِلِاثْنَيْنِ فَصَاعِدًا الثُّلُثُ، ذَكَرُهُمْ وَأُنْثَاهُمْ فِيهِ سَوَاءٌ)[٣].

وهذا كما قال.. لولد الأم السدس ذكرًا كان أو أنثىٰ، وللاثنين فصاعدًا الثلث ذكورًا كانوا أو إناثًا، ويكون بينهم بالسوية، لا يفضل فيه الذكر علىٰ الأنثىٰ.

والدليلُ علىٰ ذلك قوله تعالىٰ: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ﴾ ولأنهم يرثون بالرحم لا بالتَّعصِيب، والإرثُ بالرحم يستوي فيه الذَّكَرُ والأنثىٰ.

وروي عن ابن عباس ﷺ رواية شاذة أنه قال: يفضل في الثلث الذكر

---

(١) أخرجه بنحوه ابن أبي شيبة (٣١٨٧١) والدارمي (٢٩٦٠) والبيهقي (١٢٤٣٨، ١٢٤٣٩).
(٢) أخرجه بنحوه ابن أبي شيبة (٣١٨٨٩).
(٣) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٩).

علىٰ الأنثىٰ[1] فيجعل للذَّكر مثلُ حظِّ الأُنثيين، واحتج بأن الله تعالىٰ قال: ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِ﴾ فأطلق، ثم قال في الآية الأخرىٰ: ﴿وَإِن كَانُوٓاْ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ فتناول جميع الإخوة، وهذا غلطٌ؛ لأن فرض ولد الأم الثلث والسدس، ثم ثبت أن الذكر والأنثىٰ يستويان في السدس، فكذلك في الثلث.

فأما الجوابُ عما ذكره ابن عباس، فهو أن قوله تعالىٰ: ﴿فَهُمْ شُرَكَآءُ فِي ٱلثُّلُثِ﴾ حجة عليه، لأنه أطلق الشركة، ولم يفصل، وذلك يقتضي المساواة، وأما قولُه في الآية الأخرىٰ: ﴿وَإِن كَانُوٓاْ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ فإنما هو راجعٌ إلىٰ الإخوة من الأب والأم، دون الإخوة من الأم، ألا ترىٰ أنه جعل للأنثىٰ في تلك الآية النصف، وللذكر جميع المال، فدل علىٰ أن الآية لم تتناول بني الأم.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال رَحِمَهُ اللهُ: (وَلِلْأُخْتِ لِلْأَبِ وَالْأُمِّ النِّصْفُ)[2] الفصل.

وهذا كما قال.. وجملتُه أن الأخوات من الأب والأم والإخوة بمنزلة أولاد الصلب، [والإخوةُ والأخواتُ من الأب بمنزلة أولاد الابن مع أولاد الصلب][3]، والأخُ من الأب والأم يأخذ جميع المال، ويسقط ولد الأب.

وللأخت من الأب والأم النصف، وللأختين فصاعدًا الثلثان، وتأخذ الأخت من الأب مع الأخت للأب والأم السدس تكملة الثلثين.

---

(١) في (ق): الذكور علىٰ الإناث.

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٩).

(٣) ليس في (ق).

فإذا استكمل(١) الأخوات من الأب والأم الثلثين سقطت الأخوات للأب، إلا أن يكون معهن أخ لهن، فيعصِّبهن ولا فرق بين الإخوة والأخوات وبين الأولاد وأولاد الابن إلا من وجهٍ واحدٍ، وهو أن الابن وإن سفل يُعَصِّب من فوقه من بنات الابن، وابنُ الأخ لا يُعَصِّب الأخت، والفرقُ بينهما في هذه أن ابن الأخ لا يُعَصِّب أخته، فلم يُعَصِّب عمته، وأما ابنُ الابن وإن سفل فإنه يُعَصِّب الأخت التي في درجته، فعصَّب من فوقه من بنات الابن.

وإنما أسقطنا الأخ من الأب والأخت من الأب بالأخ من الأب والأم، لأن له مزية بقرابة الأم، وهو كالمتقدم بدرجة، فجعل بمنزلة الابن مع ابن الابن.

فإن قيل: رجلٌ ترك ثلاثَ أخواتٍ مفترقات، **قيل**: هن أخت لأب وأم، وأخت لأب، وأخت لأم، فللأخت من الأب والأم النصف، وللأخت من الأب السدس تكملة الثلثين، وللأخت من الأم السدس.

فإن قيل: ستُّ أخوات مفترقات، **قيل**: هن أختان لأب وأم، وأختان لأب، وأختان لأم، فللأختين للأب والأم الثلثان، وللأختين للأم الثلث، وتسقط الأختان للأب.

فإن قيل: ستُّ أخوات مفترقات، **قيل**: هن أختان لأب وأم، وأختان لأب، وأختان لأم، فللأختين للأب والأم الثلثان، وللأختين للأم الثلث، وتسقط الأختان للأب.

فإن قيل: فإن كان مع كل واحدة منهن أخوها. **قيل**: يكون للأخ والأخت للأم الثلث، والباقي بين الأخ والأخت للأب والأم للذَّكر مثلُ حظِّ الأُنثيين، ويسقط الأخ والأخت للأب.

وأما ثلاثة إخوة مفترقين، فهم أخ من أب وأم، وأخ من أب، وأخ من أم،

(١) في (ق): «استوفت».

فللأخ من الأم السدس، والباقي للأخ من الأب والأم، ويسقط الأخ من الأب، والله الموفق للصواب.

◆ مَسْأَلَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلِلْأَخَوَاتِ مَعَ الْبَنَاتِ مَا بَقِيَ إِنْ بَقِيَ شَيْءٌ، وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ لَهُنَّ، وَيُسَمَّيْنَ بِذَلِكَ عَصَبَةَ الْبَنَاتِ)[١].

وهذا كما قال.. الأخواتُ مع البنات عصبة، فإذا خلَّف الرجلُ بنتًا وأختًا، كان للبنت النصف، والباقي للأخت، فإن خلَّف بنتين فلهما الثلثان، والباقي للأخت، وكذلك إن خلَّف بنت ابن وأختًا، أو ابنتي ابن وأختًا، فتكونُ الأخت أولىٰ بالفاضل من ابن الأخ والعم، ويكونُ الفاضل بعد فرض البنات، وبنات الابن لها دون ابن الأخ والعم، هذا مذهبُنا، وهو قولُ الفقهاء كلهم والصحابة إلا ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا[٢]، فإنه قال: لا تصير الأخوات عصبةً مع البنات، ويكون الفاضلُ بعد فرض البنات لبني الإخوة والأعمام[٣] وهو قولُ داود.

واحتج من نصره بثلاثة أشياء:

أحدها: قوله تعالىٰ: **﴿إِنِ امْرُؤٌا هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾** فجعل لها الميراث بشرط عدم الولد، فدل علىٰ أنها لا ترث مع الولد.

وروي أن النبيَّ ﷺ قال: «**اقسم المال بين أهل الفرائض على كتاب الله تعالى فما أبقت الفرائض فلأولى عصبة ذكر**»[٤] فدل علىٰ أن الفاضل للذكر

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٩).

(٢) الأوسط لابن المنذر (٧/ ٤٠٤).

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٩٠٢٣) والحاكم (٧٩٧١، ٧٩٧٩) والبيهقي (١٢٣٣٢).

(٤) تقدم تخريجه (ص ٤٩٤).

دون الإناث.

ولأن الأخوات من الأم لما لم يكُنَّ عصبة مع البنات، فكذلك الأخوات من الأب والأم ومن الأب، لأنها لو كانت عصبة تأخذ الفاضل، لوجب أن تأخذ الجميع إذا انفردت كسائر العصبات، فلما لم تأخذ جميع المال إذا انفردت، دل على أنها لا تأخذ الفاضل بالتَّعصِيب، ولأنها لا تعقِل، ولا تزوج، فلم تكن عصبة كالأم، ولأن من يُدْلي بها لا يكون عصبة، وهو أولادها الذكور والإناث، فكذلك وجب أن لا تكون هي عصبة.

ودليلُنا قوله تعالىٰ: ﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ﴾ والأخت من جملة النساء فكان لها نصيب من التَّرِكة.

وروىٰ هُزيل بن شُرحبيل أن رجلًا جاء إلىٰ الأشعري وسلمان بن ربيعة رضي الله عنهما فسألهما عن بنت، وبنت ابن، وأخت لأب وأم، فقالا: للبنت النصف، وللأخت النصف، وائت عبد الله بن مسعود فإنه سيتابعنا، فأتاه فأخبره بقولهما، فقال عبد الله: قد ضللتُ إذًا وما أنا من المهتدين، لكني أقضي فيها بقضاء رسول الله ﷺ للبنت النصف، ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين، والباقي للأخت[1]، وهذا صريحٌ في موضع الخلاف[2].

ويدلُّ عليه من جهة المعنىٰ أن الأخت ترث النصف، فوجب أن لا تسقط مع البنت كالزوج، ولأنها تأخذ الفاضل بعد فرض الزوج، فلم تسقط مع البنت كالأخ.

فأما الجوابُ عن الآية، فمن وجهين:

أحدهما: أنه جعل لها النصف فرضًا، حيث شرط عدم الولد، وكذلك

(١) أخرجه البخاري (٦٧٣٦، ٦٧٤٢) وأبو داود (٢٨٩٠) والترمذي (٢٠٩٣).

(٢) تقدمت هذه المسألة (ص ٥٤٦- ٥٤٧) وينظر: الأوسط (٧/ ٣٨٢- ٣٨٣).

نقول، لأنها لا تأخذ النصف فرضًا مع البنت، وإنما تأخذه بالتَّعصِيب.

والثاني: أنه أراد بالولد الابن، ألا ترىٰ أنه قال: ﴿وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ﴾ فشرط في توريث الأخ منها عدم الولد، وإنما يشرط في توريثه منها عدم الابن، فأما عدم البنت فلا؛ لأن بإجماعنا يرث الأخ مع البنت، ويكون له الفاضل.

وكذلك المراد بالولد في قوله تعالىٰ: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُۥ وَلَدٌ﴾ فإنه الابن، لأنه لم يجعل للأب معه إلا السدس وله مع البنت الفاضل مع السدس.

وأما الجوابُ عن قولِهِ ﷺ: «فما أبقت الفرائض فلأولى عصبة ذكر» فهو أنه عام، والذي ذكرناه خاص، فوجب القضاء بالخاص علىٰ العام.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن الأخوات من الأم لما لم يكونوا عصبة، فكذلك الأخوات من الأب والأم، فهو أن الأخوات من الأم لا تعصيب لهن بحال، ألا ترىٰ أن الإخوة إذا اجتمعوا معهن لم يعصبوهن، وليس كذلك الأخوات من الأب والأم، لأن لهن[1] تعصيبًا في الجملة، ألا ترىٰ أن الإخوة إذا اجتمعوا معهن عصبوهن، وكان المال أو الفاضل منه بينهم للذَّكر مثلُ حظِّ الأُنثيين.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إنها لو كانت عصبة لأخذت جميع المال إذا انفردت، فهو أن ذلك لا يدلُّ علىٰ أنها لا تكون عصبة، ألا ترىٰ أنها إذا اجتمعت مع الإخوة عصبوها، فصارت عصبة معهم، وإن كانت إذا انفردتْ لا تأخذ جميع المال.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إنها لا تعقِلُ ولا تزوِّجُ، فهو أن العصبة تختلف في

(١) في (ص): «للابن» وهو غلط.

ذلك والأبُ يزوِّجُ ولا يعقل، والابن لا يزوِّجُ ولا يعقل، والإخوة يزوِّجون ويعقلون، وإذا كانت العصبة مختلفة في ذلك، لم يجز الاستدلال بعدم التزويج والعقل علىٰ أنها ليست بعصبة.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن من يُدْلي بها لا تعصيب له، فهو أنه لا يمتنع أن لا يكون من يُدْلي بها عصبة، وتكون هي عصبة، ألا ترىٰ أنه إذا اجتمع معها الأخ عصَّبها، فتكون عصبة في هذا الحال، ومن يُدْلي بها لا يكون عصبة بحال.

• فَصْلٌ •

روي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال[1]: إنكم تقرءون في كتاب الله الوصية قبل الدين، وقضىٰ رسولُ الله ﷺ أن الدَّين قبل الوصية، وإن أعيان بني الأم يتوارثون، دون بني العلَّات. [ويريد بأعيان بني الأم: الإخوة من الأب والأم، ويريد ببني العلات][2]: الإخوة من الأم، والعلَّاتُ: الضرائر.

• فَصْلٌ •

إذا خلف بنتًا، وأخًا[3] أو عمًّا، كان للبنت النصف، والباقي للأخ أو العم، وهو قول الصحابة رضي الله عنهم والفقهاء بأسرهم، وقالت الشيعة: لا يرث مع البنت إلا الزوجان، والأبوان، ولا يرث معها غيرهما، فإذا خلَّف بنتًا، أو عمًّا، أو أخًا، كان المالُ كله للبنت، لا شيء للعم ولا للأخ، ولهذا يقولون: إن فاطمة رضي الله عنها استحقَّت ميراث النبي ﷺ دون العباس رضي الله عنه، ودليلهم في المسألة قوله تعالىٰ: ﴿وَهُوَ يَرِثُهَآ إِن لَّمْ يَكُن لَّهَا وَلَدٌ﴾ فدل علىٰ أنه إذا وجد الولد لم يرث

---

(١) علقه البخاري عقيب (٢٧٤٩).

(٢) ليس في (ق).

(٣) في (ص): «أو أخًا».

الأخ معه.

ودليلُنا قوله تعالىٰ: ﴿وَإِن كَانَتْ وَٰحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ﴾، وعندهم لا يتصور أن يكون لها النصف في الفريضة، وإنما يكون لها كل المال، أو أكثر من النصف؛ لأنه إن لم يكن معها أحد من الزوجين والأبوين، أخذتِ الكلَّ، وإن كان معها أحدُ الزوجين أو أحد الأبوين أو الأبوان كان لها أكثر من النصف، فإطلاق الآية يقتضي أن يكون لها نصف كامل فحسب، وذلك لا يتصور عندهم.

ويدلُّ عليه ما روي عن النبيِّ ﷺ أنه قال: «**اقسم المال بين أهل الفرائض على كتاب الله، فما أبقت الفرائض فلأولى عصبة ذكر**»[١] فقد حصل للبنت النصف بكتاب الله، فينبغي أن يكون الفاضل للعصبة الذكر.

وروي أن امرأة سعد بن الربيع أتتْ إلىٰ النبيِّ ﷺ ومعها ابنتاه، فقالت: يا رسول الله، إنهما ابنتا سعد بن الربيع، وقد قُتل معك يوم أُحد، وقد استفاء عمُّهما مالهما، والله لا تنكحان أبدًا إلا بمال، فقال رسول الله ﷺ: «**يقضي الله في ذلك**» فنزلت آية المواريث، فدعا بعمهما، وقال: «**أعطِ المرأةَ الثمن، وأعطِ البنتين الثلثين، وأمسك الباقي**»[٢].

ويدلُّ عليه إجماع الصحابة رضي الله عنهم؛ لأن العباس جاء مع علي رضي الله عنهما إلىٰ أبي بكر رضي الله عنه يطلب حقه من الميراث، وعليٌّ يطلب حقَّ فاطمة رضي الله عنها، ولم يقل أحد للعباس إنك لا ترث مع البنت، بل أقروه علىٰ مطالبته، وإنما احتجوا عليه وعلىٰ فاطمة بقول النبي ﷺ: «**إنا لا نورث**»[٣] فدل علىٰ ما ذكرناه.

---

(١) أخرجه مسلم (١٦١٥).

(٢) أخرجه أحمد (١٤٧٩٨) وأبو داود (٢٨٩١) والترمذي (٢٠٩٢) وابن ماجه (٢٧٢٠).

(٣) أخرجه البخاري (٣٠٩٣) ومسلم (١٧٥٧) عن عائشة رضي الله عنها.

فأما الجوابُ عما ذكروه، فهو أنه أراد بذلك جميع المال؛ لأنه أطلق الإرث فيه، وكذلك نقول: إنما يرثها جميع المال إذا لم يكن لها ولد ذكر ولا أنثىٰ، فأما إذا كان لها ولد فلا ترث الجميع، بل ترث الفاضل، أو تسقط فلا ترث، والله أعلم.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال الشافِعِيُّ رضي الله عنه: (وَلِلْأَبِ مَعَ الْوَلَدِ وَوَلَدِ الِابْنِ السُّدُسُ)[١].

وهذا كما قال.. للأب ثلاثةُ أحوال:

حالٌ يرث فيها بالفرض وحدَه، وهو مع الابن أو ابن الابن وإن سفل، فيكون للأب السدس، والباقي للابن، أو ابن الابن.

وحالٌ يرث بالتَّعصِيب وحدَه، وهو إذا لم يكن ابن، ولا ابن ابنٍ، فيكون المال كله له إن كان منفردًا، وما بقي إن كان معه ذوا فرض.

وحالٌ يرث بالفرض والتَّعصِيب جميعًا، وهو إذا كان معه بنت، أو بنت ابن، فيكون للأب السدس، وللبنت أو بنت الابن النصف، وما بقي للأب، وهكذا الجد إذا لم يكن أب، يكون له هذه الأحوال الثلاث.

◆ مَسْألَةٌ ◆

◆ قال رضي الله عنه: (وَلِلْجَدَّةِ وَالْجَدَّتَيْنِ السُّدُسُ)[٢].

وهذا كما قال.. الجدةُ فرضُها السدسُ، سواء كانت من قِبَلِ الأم أو من قِبَلِ الأب، وبه قال سائر الصحابة [إلا ابن عباس][٣] فإنه قال: الجَدةُ حكمها

---

(١) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٩).

(٢) مختصر المزني مع الأم (٨/ ٢٣٩).

(٣) ليس في (ق).

حكم الأم[١]؛ لأن الله تعالىٰ ما ذكر الجد والجدة، وإنما ذكر الأبوين، وينطلق علىٰ الجد والجدة ذلك الاسم، فأنزل الجدة منزلة الأم، وجعل لها السدس مع من يحجبها، والثلث إذا لم يكن من يحجبها.

واستدل بأن الجد لما كان يُدْلي بالأب، كان حُكمه حكم الأب، فكذلك الجدة، لما كانت تدلي بالأم، وجب أن يكون حُكمها حكم الأم.

وأيضًا فإن الإخوة من الأم لما كانوا يدلون بالأم، وأخذوا فرض الأم من السدس والثلث، وكذلك الجدة لما كانت تدلي بها وجب أن تأخذ فرضها.

ودليلُنا ما روىٰ قَبِيصة بن ذُؤيب[٢] أن الجدة أم الأم أتتْ أبا بكر الصديق ﵁ تطلب ميراثها، فقال لها: ما أجدُ لك في كتاب الله شيئًا، وسأسأل الناس، فقال المغيرةُ بنُ شعبة ﵁: شهدتُ رسولَ الله ﷺ أعطىٰ الجدة السدس، فقال: من يشهد لك؟ فقام محمدُ بنُ مسلمة فقال: أشهدُ أن النبيَّ ﷺ أعطاها السدس، فأنفذه لها أبو بكر ﵁[٣].

فإن قيل: يجوز أن يكون هناك ولد، أو ولد ولدٍ، أو إخوة، فإن هؤلاء يحجبونَها من الثلث إلىٰ السدس كما يحجبون الأم.

فالجوابُ: أن أبا بكر ﵁ لم يستفصِلْ، ولو كان الحُكم يختلف لسأل عنه أبو بكر، كما روي أن عمر ﵁ قال لمعقل بن يسار ﵁ وقد روىٰ أن النبيَّ ﷺ أعطىٰ الجدَّ السدسَ: مع من؟ فقال معقل: لا أدري، فقال: لا دريْتَ[٤].

---

(١) ذكره الماوردي (٨/ ١١٠) والروياني (٧/ ٤٣١).

(٢) قبيصة بن ذؤيب بن حلحلة الخزاعي، له رؤية، ولد عام الفتح، وسكن الشام، لا يصح سماعه؛ لأنه ولد يوم الفتح، و روىٰ عن النبيِّ ﷺ أحاديث مراسيل.

(٣) أخرجه أبو داود (٢٨٩٤)، والترمذي (٢٢٣٣).

(٤) أخرجه أحمد (٢٠٣٠٩)، وأبو داود (٢٨٩٧)، وابن ماجه (٢٧٢٣).

فلما اختلف الحكمُ في الجد سأله عمن كان معه في الفريضة، فلو كان الحكمُ في الجدة يختلف لسأله، فلما لم يسأله [قضىٰ له][(١)] بالسدس، دل علىٰ أن حُكمها لا يختلف.

وأيضًا روىٰ القاسمُ بنُ محمد أن الجدتين جاءتا إلىٰ أبي بكر الصديق ﷺ فأعطىٰ الميراثَ أم الأم دون أم الأب، فقال له (عبدُ الرحمن بن سهل أخو بني حارثة)[(٢)]، وقد كان شهد بدرًا: يا خليفةَ رسول الله، أعطيت التي لو أنها ماتت هي لم يرثها، فجعله بينهما[(٣)].

وفي بعض الأخبار أن أبا بكر[(٤)] ﷺ قال: السدسُ بينكما إن اجتمعتُما، وأيتكما خلتْ به فهو لها[(٥)]، فدل علىٰ أن السدسَ مجمعٌ عليه.

وأيضًا روىٰ عبد الله بن بريدة، عن أبيه، عن النبيِّ ﷺ أنه أعطىٰ الجدة - أم الأم إذا لم يكن دونها أم - السدس[(٦)]، وهذا نصٌّ؛ ولأن الجدات من قبل الأم لو كن أخذن فرض الأم لوجب أن يختصصن به، ولا يشاركهن فيه الجدات من قِبَلِ الأم؛ لأنهن لا يُدْلين بالأم، فلما أجمعنا علىٰ أنهن في ذلك سواء دل علىٰ أنهن لم يقمن مقام الأم فيه.

---

(١) ليس في (ق).

(٢) في (ص)، (ق): «عبد الرحمن بن سهل بن حارثة»، وهو غلط.

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٩٠٨٤) وسعيد بن منصور (٨١) والدارقطني (٤١٣٢) والبيهقي (١٢٣٤٢).

(٤) كذا ذكر هنا، وإنما هو عمر ﷺ.

(٥) وهو بقية حديث قبيصة بن ذؤيب السابق.

(٦) أخرجه أبو داود (٢٨٩٥) والنسائي في الكبرىٰ (٦٣٠٤) والدارقطني (٤١٣٤) بلفظ: «أعطىٰ الجدة» وأما اللفظ الذي ذكره المصنف رحمه الله ههنا وهو «أم الأم» فهو غريب، قال ابن الملقن في البدر المنير (٧/ ٢١١): وأورده القاضي أبو الطيب بلفظ عن بريدة أنه ﷺ أعطىٰ الجدة أم الأم إذا لم يكن دونها أم السدس.. ولم أره كذلك.

فأما الجوابُ عما استدلَّ(١) **به من أن الجد يقوم مقام الأب، فهو** أن الجد عندنا لا يقوم مقام الأب، فإنه يأخذ مع الأخ جميع المال، والجد يأخذ نصفه، والجد يأخذ مع الأم والزوج سدس المال، والأب يأخذ ثلثه، فلم يسلم ما قاله، علىٰ أن المعنىٰ في ذكرٍ يُدْلي بذكر وارث، فكان أقوىٰ من أنثىٰ تدلي بأنثىٰ.

وأما الإخوةُ من الأم، فقد حكينا عن بعض أصحابنا أنه قال: لا يرثون للإدلاء بالأم، وإنما يرثون؛ لأنهم ارتكضوا مع الميت في رحم واحد، فعلىٰ هذا سقط السؤال، وإن سلَّمنا أنهم يدلون بالأم، فليس فرضُهم الذي يأخذونه فرض الأم؛ لأن الواحد منهم يأخذ السدس لا يزاد عليه، والجماعة يأخذون الثلث لا ينقصون عنه، وليس هذا حكم الأم، ولا حكم الجدات عنده، فإن الجدة الواحدة تأخذ السدس مرة والثلث أخرىٰ، فلم يصح ما قاله، والله أعلم.

• فَصْلٌ •

إذا تقرر ما ذكرناه، فإن الجدةَ الواحدةَ والجدتين والثلاث سواء في السدس، وإذا اجتمع أربعُ جدات متحاذيات، وهن ثنتان من قبل الأم، وثنتان من قبل الأب؛ فأما الثنتان من قبل الأم: فأم أم الأم، وأم أبي الأم، وأما اللتان من قبل الأب: فأم أم الأب، وأم أبي الأب، فلا خلاف أن الجدة أم أم الأم ترث.

وأما أمُّ أبي الأم، فاتفق الفقهاء والصحابة كلهم علىٰ أنها لا ترث، وقال ابن عباس: ترث، وإليه ذهب جابر بن زيد، وابن سيرين، وعن عبد الله بن مسعود، والحسن البصري روايتان، أصحهما وأشهرهما: أنها لا ترث.

---

(١) في (ص): «استدلوا» والمثبت من (ق) والكلام عن ابن عباس وحده.

وأما الجدةُ أم أم الأب، فلا يعرف بين الصحابة خلافٌ أنها ترث، وبه قال الفقهاء كلهم، إلا داود، فإنه خرق الإجماع، فقال: لا ترث.

وأما الجدةُ أم أبي الأب، فالظاهر من مذهب الشافعي - وهو الذي نقله المزني - أنها ترث، وقال مالك: لا ترث، وروىٰ أبو ثور عن الشافعي ذلك.

واحتج من نصر مالكًا في أن أم أبي الأب لا ترث بأشياء منها: أنها جدة تدلي بجدٍّ، فوجب أن لا ترث قياسًا علىٰ أم أبي الأم[1].

وأيضًا فلا ترث من قِبَل الأم إلا جدة واحدة، وهي أم الأم، وأمهاتها [فكذلك لا ترث من جهة الأَب إلا جدة واحدة وهي أم الأب وأمهاتها][2].

وأيضًا فإن الأصل في الجدات الأبوان، فلما كان الأبوان اثنين، فكذلك الجدات يجب أن تكون واحدة من قِبَلِ الأب، وواحدة من قِبَلِ الأم كالأبوين.

وأيضًا فإنه لو جاز أن ترث جدتان من قِبَلِ الأب، لوجب إذا كانت جدتان إحداهما تدلي بقرابتين هي أم أم الأم، وأم أبي الأب، والأخرىٰ أم أم الأب أن تكون لأم أم الأم التي هي أم أبي الأب ثلثا السدس، وثلثه للأخرىٰ، فلما كان السدس بينهما نصفين، دل علىٰ أنها لا ترث من قبل الأبِ إلا جدة واحدة، وأمهاتها.

ودليلُنا ما روي أن النبيَّ ﷺ أعطىٰ ثلاث جدات السدس، ثنتين من قِبَلِ الأب، وجدة من قِبَلِ الأم.

وأيضًا إجماع الصحابة رضي الله عنهم، وذلك أن عبد الرحمن بن سهل قال لأبي بكر: يا خليفةَ رسول الله، قد أعطيتَ التي لو أنها ماتت هي لم يرثها، فجعله

---

(١) في (ص)، (ق): «أم أم الأم».

(٢) ليس في (ق).

أبو بكر بينهما[١]، فاعتبرا جميعًا أن كل جدة لو كانت هي الميتة ورثها، وهذا المعنىٰ موجود في الجدة أي أم أبي الأب، لأنها لو كانت هي الميتة لكان ابن ابنها يرثها، فوجب أن ترثه.

ومن القياس أنها جدة تدلي بوارث، فوجب أن ترث؛ قياسًا علىٰ أم الأب، وأم أم الأب، وعلىٰ أم الأم، وعكسه أم أبي الأم.

وأيضًا فإن الجد أبا الأب أقوىٰ من الجدة أم الأب، فلما كانت أمها ترث فلأن ترث أمه أولىٰ.

فأما الجوابُ عن قياسِهِم على الجدة أم أبي الأم، فالمعنىٰ فيها أنها تدلي بغير وارث فلم ترث، وليس كذلك أم أبي الأب، فإنها تدلي بمن يرث فورثت هي أيضًا.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن الأصل في الجدات الأبوان، فهو أن الأبوين يستحيلُ أن يكونا أكثر من اثنين فلذلك لم يرث إلا اثنان، وليس كذلك في الجدات فإنه يجوز اجتماع جماعة منهن في الشرع، فجاز ثبوت الإرث لهن.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن إحدى الجدتين إذا كانت تدلي بقرابتين، فهي والأخرى سواء، فقد حكىٰ الداركي[٢] عن أبي محمد الفارسي[٣] عن أبي

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٩٠٨٤) وسعيد بن منصور (٨١) والدارقطني (٤١٣٢) والبيهقي (١٢٣٤٢).

(٢) أبو القاسم عبد العزيز بن عبد الله بن محمد بن عبد العزيز الداركي.

(٣) عبد الرحمن بن محمد بن الحسن الفارسي أبو محمد الفقيه الشافعي المفيد المعروف بالدوغي أحد فقهاء أصحاب الشافعي المدرسين من أصحاب أبي محمد الجويني، كان فقيها متقنًا سيدًا ملقنًا عفيفًا، سمع الكثير بنيسابور والعراق والحجاز، وكان من الأمناء الأثبات، توفي في جمادىٰ الآخرة سنة تسع وخمسين وأربع مائة.. ينظر: المنتخب من كتاب السياق (ص ٣٤٢).

عبيد بن حربويه[١] أنه قال: يحتمل أن يجعل لها ثلثا السدس، ويكون ذلك بمثابة ابني عم، أحدهما زوج، أو أخ لأم، فإن لابن العم الذي هو الزوج النصف، والباقي بينه وبين الآخر نصفين، ولابن العم الذي هو الأخ من الأم السدس، والباقي بينه وبين الآخر نصفين، فعلىٰ هذا سقط السؤال؛ إلا أن هذا ليس بمذهب، والمذهبُ الصحيحُ أن السدس بينهما نصفين.

قال أبو إسحاق: والفرقُ بينهما وبين ابني عم أحدهما أخ لأم، فهو أن في الجدة المستحق، والمعنىٰ الذي تستحق به[٢]، فالمستحق السدس، والذي تستحقه به هو الرحم، فلم يجز أن يفرد كل واحد منهما عن صاحبه، وليس كذلك هاهنا فإن المستحق مختلف؛ لأن الأخوَّة لها فرض، والعمومة لا فرض لها مقدر، والمعنىٰ الذي به يستحق مختلف، وهو الأخوة والعمومة، فإذا اختلف المستحق والمعنىٰ الذي به يستحق جاز اجتماعهما.

فالجوابُ على هذا المذهب الصحيح أنه إذا لم يكن للجدة التي لها قرابتان أن تفضل علىٰ الجدة التي لها قرابة واحدة، فلِم لا يجوز أن ترث جدتان؟ هل ذلك إلا دعوىٰ؟ ثم إن ذلك يبطل بأم الأم، وأم الأب، فإنهما يرثان جميعًا، وإذا اجتمعت هاتان القرابتان في واحدة ومعها غيرها كان السدس بينهما، فانتقضت العلة.

• فَصْلٌ •

هذا كله في الجدة أم أبي الأب، فأما أم أم الأب فقد ذكرنا أنه لم يخالف في توريثها إلا داود، فإنه لم يورثها، وورَّث الجدة أم أبي الأب، وفرَّق بينهما بأن

---

(١) علي بن الحسين بن حرب البغدادي.

(٢) في (ق): «به يستحق أحد».

هذه الجدة لو كانت هي الميتة دونه لم يرثها، وليس كذلك أم أبي الأب فإنه يرثها.

ودليلُنا ما روينا عن النبيِّ ﷺ أنه أعطىٰ ثلاثَ جدَّاتٍ السدسَ؛ ثنتين من قِبَلِ الأب، وجدة من قِبَلِ الأم، ولأن الصحابة رضي الله عنهم اجتمعت علىٰ ذلك، وفرْقُه بينهما يبطل بالجدة أم الأم، فإنها ترثه، ولا يرثها[1]، وأما أم الأم فقد بينَّا أنه لا خلاف في توريثها، وأما أم أبي الأم فقد استدل ابن عباس ومن تابعه علىٰ أنها ترث بأنها جدة تدلي بجد، فوجب أن ترث قياسًا علىٰ أم أبي الأب، ولأنه لما ورث من جهة الأب جدتان، فكذلك من جهة الأم يجب أن ترث جدتان، قال: وليس إذا كان أبو الأم لا يرث يمنع إرث من يُدْلي به، لأنه لو كان أبوه قاتلًا أو عبدًا أو كافرًا، كان للجدة أم الأب السدس، والأب لا يرث شيئًا.

ودليلُنا: [أن الجدة][2] أم أبي الأم تُدلي بمن لا يرث بحال، فوجب أن لا ترث قياسًا علىٰ ابن العمة وابن الخالة؛ ولأن المُدْلَىٰ به أقوىٰ من المُدْلي، فلما أجمعنا علىٰ أن المُدْلَىٰ به - وهو أبو الأم - لا مدخل له في الميراث، فالمُدْلي به بذلك أولىٰ.

فأما الجوابُ عن قياسِهم على أم أبي الأب، فهو أن المعنىٰ فيها أنها تُدْلي بمن يرث وهو أبو الأب، فجاز أن ترث، وليس كذلك هذه الجدة، فإنها تُدْلي بمن لا يرث بحال؛ فلم ترث.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن الأب لما ورث من جهته جدتان، فكذلك الأم، فهو أن جدتي الأب تُدْلي كلُّ واحدة منهما بمن يرث؛ لأن أبا الأم وأم الأب

---

(١) في (ق): «فإنه لا يرثه وترثه».

(٢) ليس في (ص).

لكلٍّ واحدة منهما مدخلٌ في الميراث، وليس كذلك الأم، فإن أباها لا مدخل له في الميراث، فلم يكن لأمهاته مدخل فيه.

وأما الجوابُ عن قولِهِم إن أم الأب ترث، وإن كان الأب لا يرث لكفره، أو رِقِّه، فهو أن بينهما فرقًا، وذلك أن إرث الأب سقط للعارض، وإلا فهو ممن يرث، وليس كذلك الجد أبو الأم، فإنه لا مدخل له في الميراث بحالٍ، فافترقا، والله أعلم بالصواب.

• فَصْلٌ •

هذا الذي ذكرناه إذا كُنَّ الجدَّات من قِبَلِ الأب والأم متحاذيات، فأما إذا كُنَّ من قِبَلِ أحدهما ومن الآخر أبعد، فلا يخلو من أحد أمرين؛ إما أن تكون القربىٰ من قِبَلِ الأم، فإنها تحجب البُعدىٰ من قِبَلِ الأب، لا يختلف المذهب فيه، وإن كانت البعدىٰ من قِبَلِ الأم والقربىٰ من قبل الأب، فإن الظاهر من مذهب الشافعي رضي الله عنه أن السدس بينهما بالسوية، ولا تحجب القربىٰ من قِبَلِ الأم البعدىٰ من قِبَلِ الأم.

وفيه قول آخر: أن القربىٰ من قِبَلِ الأب، أو من قِبَلِ الأم تحجب البعدىٰ من الجهة الأخرىٰ.

وقد اختلف الصحابة رضي الله عنهم في ذلك، فروي عن زيد بن ثابت رضي الله عنه روايتان:

إحداهما -وهي المشهورة- أن القربىٰ من جهة الأم تحجب البعدىٰ من جهة الأب، والقربىٰ من جهة الأب لا تحجب البعدىٰ من جهة الأم، لكن السدس بينهما بالسوية.

والرواية الثانية: إن القربىٰ من قبل أيهما كانت تحجب البعدىٰ.

وإنما اختلف قول الشافعي رضي الله عنه في ذلك لاختلاف الروايتين عن زيد.

وروي عن علي رضي الله عنه: أن القربىٰ من قبل أيهما كان تحجب البعدىٰ من الآخر، وإليه ذهب أبو حنيفة.

وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه ثلاث روايات؛ إحداها(١): أن الجدات لا يرثن بحال، وليست بشيء، والثانية: أن البعدىٰ والقربىٰ من جهة أيهما كان سواء في السدس، إلا أن تكون أم معها بنت، فالبنت تحجب أمها، والثالثة: أن الجدتين إذا كانتا من جهتين اشتركتا في السدس، وإذا كانتا من جهة واحدة حجبت القربىٰ البعدىٰ.

قال أبو العباس بن سُريج: اختلفوا في تفسير هذا القول: فمنهُم مَن قال: معناه إذا كانتا من جهتين، مثل أن تكون إحدىٰ الجدتين من قبل الأب، والأخرىٰ من قبل الأم، والجهة الواحدة أن تكون الجدتان جميعًا من قبل الأب مثل أم أبي الأب، وأم أم الأب، فإذا كانت إحداهما أقرب من الأخرىٰ حجبت القربىٰ البعدىٰ، مثل أم أبي الأب، وأم أم الأب، فيكون السدس للقريبة دون البعيدة.

ومنهُم مَن قال: أراد بالجهتين أم أبي الأب، وأم أم الأب، إذا كانت إحداهما أقرب من الأخرىٰ، فالسدس بينهما، مثل أم أبي الأب، وأم أم الأب، وأراد بالجهة الواحدة أم أم الأب، وأم أم الأم، فالقربىٰ تحجب البعدىٰ.

إذا تقرر هذا، فمن نصر قول علي رضي الله عنه ومذهب أبي حنيفة أراد القربىٰ من قِبَلِ الأب، أو من قِبَلِ الأم تحجب البعدىٰ من قِبَلِ الآخر، فقد استدل بأنها جَدَةٌ ترث إذا انفردَت فوجب أن تحجب جدة أبعَد منها، قياسًا علىٰ

---

(١) في (ص، ق): «إحداهن».

القربىٰ من جهة الأم، تحجب البعدىٰ من قِبَلِ الأب.

ولأن الميراث ينبني علىٰ ترتيب الأقرب فالأقرب، فالإخوة مقدَّمون علىٰ بنيهم، والابنُ مقدم علىٰ بني الابن، فكذلك يجب أن تقدم القربىٰ من الجدات علىٰ البعدىٰ.

ودليلُنا أن الأصلَ في الجدَّات الأبوان، وهما يرثان، فكذلك كلُّ جدتين تحاذتا، ورثتا، قياسًا علىٰ الأبوين، وإذا اختلفتا في الدرجة فكالأبوين إذا اختلفا، فإذا خلف أباه وجدته أم الأم، فالأب لا يحجب أم الأم، وإذا خلف أمًّا(١) وجدته أم أبيه، فأمه تحجبُ هذه الجدة، فكذلك القربىٰ من جدات الأم تحجب البعدىٰ من جدات الأب(٢) والقربىٰ من جدات الأب لا تحجب البعدىٰ من جدات الأم.

وتحريرُه أن يقال: الأب لا يحجبُ جدات الأم، فمن يُدْلي به أولىٰ أن لا يحجبهن؛ قياسًا علىٰ الجد والإخوة، لما أدلوا بالأب لم يحجبوا جدات الأم.

فإن قيل: إذا اعتبرتم حُكم المُدْلي بالمُدْلَىٰ به في الحجب، فقولوا إن الجدات من قبل الأم يحجبن الجدات من قبل الأب، كما تحجبهن الأم.

قلنا: هذا عكسٌ علينا، لأنَّا قلنا كلُّ من لا يحجبه المُدْلَىٰ به، فلا يحجبه المُدْلي، وقد يجوز أن يحجبَ المُدْلَىٰ به ولا يحجب المُدْلي؛ لأنه أضعف وأنقص من المُدْلَىٰ به، كما نقول: إن الأب يحجب من لا يحجب الجد، ولا يجوزُ أن يحجب الجد من لا يحجبُ الأب، لأنه أقوىٰ لإدلائه بنفسه، وإدلاء الجد به، وهذا هو الجوابُ عما استدلُّوا به من قياس أمهات الأم.

---

(١) في (ص)، (ق): «أخًا»، وهو غلط.

(٢) في (ص): الأم.

• فَصْلٌ •

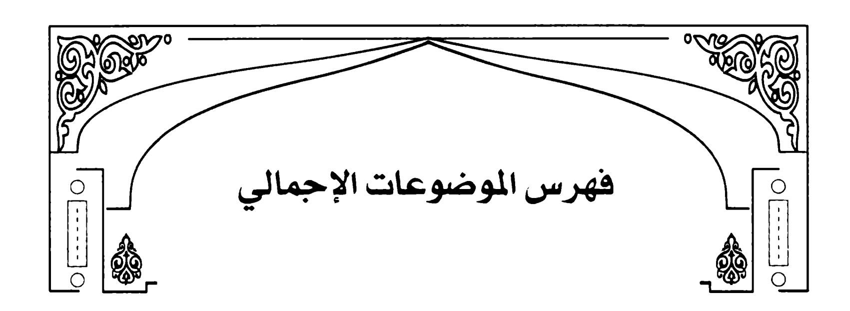
إذا تحاذت جدتان، إحداهما أم أم الأم، وأم أبي الأب، والأخرى أم أم الأب، فإن الصحيح من مذهب الشافعي رضي الله عنه أنهما في السدس سواء، ولا مزية للمدلية بقرابتين على المُدْلية بقرابة واحدة، وبه قال أهل المدينة، وأبو حنيفة وسفيان.. وقال محمد بن الحسن، وزُفر، والحسن بن زياد اللؤلؤي، وشريك بن عبد الله: للمدلية بقرابتين ثلثا السدس، وثلثه للأخرى.. وقد حكينا ذلك عن أبي عُبيد بن حَرْبويه، وذكرنا وجهه فيما مضى، ودللنا على صحة مذهبنا بما يغني عن الإعادة.

فرع

إذا كانت جدتان من قبل الأب إحداهما أقرب من الأخرى، وليست إحداهما أمًّا للأخرى، مثل أم أبي الأب، وأم أم الأب، فإن القائسين على أصل زيد رضي الله عنه اختلفوا؛ فمنهُم مَن قال: إن كانت أم أم الأب أقربَ من أم أبي الأب فالسدس للأقرب، وإن كانت القربى أم آبائه مثل أم أبي أبيه، وأم أم أبيه، فإنه على الروايتين التي رويناهما عن زيد في الجدات من جهة الأب مع البعدى من الجدات من جهة الأم؛ فإحدى الروايتين أن السدس بينهما، والثانية أن الأقرب أولى، والله أعلم بالصواب[1].

---

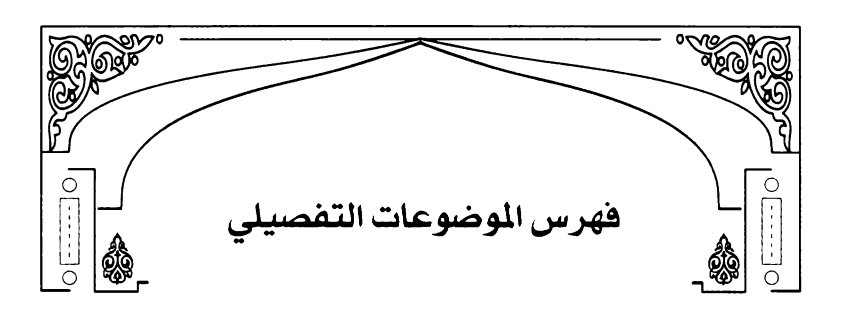
(١) آخر الجزء الثامن من نسخة أحمد الثالث ورمزها (ق) وكتب الناسخ: (آخر الجزء الثامن من شرح مختصر المزني للشيخ أبي الطيب الطبري رحمه الله يتلوه في الجزء التاسع باب أقرب العصبة.. نجز في اليوم المبارك يوم الجمعة حادي عشر من رجب الفرد سنة سبع وأربعين وسبعمائة على يد الفقير إلى الله تعالى محمد بن البهاء منصور الواسطي الشافعي عفا الله عنه).



فهرس الموضوعات الإجمالي

الموضوع الصفحة





فهرس الموضوعات التفصيلي

الموضوع الصفحة

